

Die historische Entwicklung der Arzthaftung

Dissertation

Zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Universität Regensburg

Vorgelegt von

Theresa Riegger

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Becker

Tag der mündlichen Prüfung: 07.11.2007

Inhaltsverzeichnis:

TEIL I: GRUNDLAGEN	14
A) Kunstfehler oder Behandlungsfehler?	14
I) Entwicklung vom Kunstfehlerbegriff zum Begriff des Behandlungsfehlers	14
1) Kunstfehlerbegriff	14
2) Behandlungsfehler	16
II) Arten der Behandlungsfehler	16
1) Realtypen	17
2) Legaltypen	18
3) Sonstige Fehlleistungen	18
B) Grundzüge der Arzthaftung	19
I) Rechtliche Grundlagen	19
1) Zivilrechtliche Grundlagen	19
a) Vertragsrecht	19
b) Deliktsrecht	19
c) Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung	20
2) Strafrechtliche Grundlagen	20
3) Verhältnis von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Haftung	21
4) Verhältnis der Ethik zum Recht	22
II) Richterrechtliche Grundzüge der Arzthaftung	22
1) Vertragsrecht	23
2) Ärztliche Pflichten	23
a) Pflicht zur sorgfältigen Behandlung	23
b) Aufklärungspflicht	24
3) Beweisrecht	25
III) Rechtsfolgen der ärztlichen Pflichtverletzung	25
1) Zivilrechtliche Rechtsfolgen	25
a) Schadensersatz	25
b) Schmerzensgeld	26
2) Strafrechtliche Rechtsfolgen	26
a) Geldstrafe und Freiheitsstrafe	26
b) Berufsverbot	27
c) Bedeutung der Strafverfahren	27
3) Sonstige Rechtsfolgen	28
a) Standesrechtliche Folgen	28
b) Widerruf der Approbation	29
c) Entzug der Kassenzulassung	29
C) Allgemeine Tendenzen der Behandlungsfehlerhaftung	30
I) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe	30
II) Ursachen für diese Entwicklung	30
1) Neues Selbstverständnis der Patienten und veränderte Arzt-Patienten-Beziehung	30
2) Zunehmende Fortschritte in der Medizin	31
3) Sonstige Faktoren	32
D) Gegenstand der Darstellung	32
TEIL II: ENTWICKLUNG DES ARZTHAFTUNGSRECHTS VON DER ANTIKE BIS	
INS 18. JAHRHUNDERT	33
A) Arzt Haftungsrecht in der Antike	33
I) Arzthaftung in verschiedenen Rechtsordnungen der Antike	33
1) Allgemeine Rechtslage in Bezug auf die Arzthaftung	33
2) Babylonier	33
3) Ägypter	34

4) Inder	35
5) Chinesen	35
6) Jüdisches Recht	35
7) Westgoten	36
8) Ostgoten	36
9) Griechen	36
a) Verschiedenste Rechtszeugnisse	36
b) Haftung des Arztes?	37
II) Arzt Haftungsrecht bei den Römern	38
1) Soziologischer und rechtlicher Hintergrund	39
a) Stellung der Ärzte im Rom der Antike	39
b) Rechtlicher Hintergrund	39
2) Zwölftafelgesetze	40
a) Rechtscharakter	40
b) Inhaltliche Bestimmungen	40
3) Lex Aquilia	41
a) Rechtscharakter	41
b) Tatbestand und Rechtsfolgen	41
c) Anwendungsbereich und Weiterentwicklung	43
4) Strafrechtliche Haftung	44
III) Zusammenfassung	44
B) Arzt Haftungsrecht von der Antike bis ins 18. Jahrhundert	45
I) Soziologischer und allgemeiner rechtlicher Hintergrund	45
1) Entwicklung des Arztberufs	45
2) Allgemeine Rechtsentwicklung seit der Antike	46
II) Rechtliche Grundlagen	48
1) Zivilrechtliche Haftungslage	48
a) Entwicklung des Privatrechts	48
b) Haftung des Arztes im gemeinen Recht	48
c) Häufigkeit von Haftpflichtprozessen	50
2) Strafrechtliche Haftungslage	50
a) Entwicklung des Strafrechts	50
b) Verschiedene Einzelkodifikationen	51
aa) Sachsenspiegel	51
bb) Klagspiegel	51
cc) Strafrechtliche Landesgesetze	52
c) Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.	53
aa) Situation zur Zeit ihres Erlasses	53
bb) Quellen und Entwürfe	53
cc) Tatbestand und Rechtsfolgen	54
dd) Verhältnis zum sonstigen Recht	56
ee) Weiterentwicklung	57
ff) Ende der Anwendung	57
gg) Häufigkeit von Strafverfahren	57
3) Medizinalordnungen	58
III) Zusammenfassung	59
C) Ergebnis	59
 TEIL III: ENTWICKLUNG DES ARZTHAFTUNGSRECHTS VOM	
18. JAHRHUNDERT BIS 1950	60
A) Arzt Haftungsrecht im 18. und 19. Jahrhundert	60
I) Soziologischer und rechtlicher Hintergrund	60
1) Entwicklung des Arztberufs und der Medizin	60
2) Allgemeine Rechtslage	62
3) Häufigkeit der erhobenen Kunstfehlervorwürfe	62
II) Rechtliche Grundlagen	63
1) Zivilrechtliche Haftungsgrundlagen	63
a) Gemeines Recht	63

b) Naturrechtskodifikationen im 18. Jahrhundert	64
aa) Codex Maximilianeus	64
bb) Preußisches Allgemeines Landrecht	64
c) Naturrechtskodifikationen im 19. Jahrhundert	65
aa) Badisches Landrecht	65
bb) Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch	65
d) Künftiges Recht	65
2) Strafrechtliche Haftungsgrundlagen	66
a) Allgemeine Entwicklung	66
b) Fortgeltung der Carolina	66
c) Strafrechtliche Landesgesetze	66
aa) Bayern	66
bb) Preußen	67
cc) Württemberg	68
dd) Baden	68
ee) Übrige Gebiete	69
ff) Zusammenfassung	69
d) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich	70
3) Sonstige Rechtsquellen	71
4) Anwendbares Recht nach den Aussagen einiger zeitgenössischer Autoren	72
5) Zusammenfassung	73
III) Einzelne Beispielfälle	74
1) Fälle ohne Erwähnung der Rechtsgrundlage	74
2) Verschiedene Fälle mit Nennung der Entscheidungsgrundlage	75
3) Herausragende Einzelentscheidungen	77
a) Der Fall Horn	77
b) Erste grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts	78
IV) Diskussionsgegenstände in der Literatur	80
1) Begriff des Kunstfehlers	80
2) Verfolgbarkeit ärztlicher Fehlleistungen	83
a) Strafrechtliche Sanktionen bei ärztlichen Behandlungsfehlern	83
aa) Tatbestandliche Voraussetzungen	83
bb) Verfahrensrechtliche Besonderheiten	85
b) Ausschluss einer Strafbarkeit der Ärzte	87
c) Alternative Überlegungen	88
d) Zusammenfassung	88
3) Strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung	89
a) Ärztliche Heilbehandlung nicht immer als Straftatbestand	89
aa) Gelungene Heilbehandlung	89
bb) Misslungene ärztliche Maßnahme	90
cc) Stellungnahme	91
b) Die ärztliche Heilbehandlung als Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuchs	91
aa) Ärztliches Berufsrecht als Rechtfertigungsgrund	91
bb) Gewohnheitsrecht als Rechtfertigungsgrund	92
cc) Ärztlicher Zweck als Rechtfertigungsgrund	93
dd) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	94
c) Reichsgericht	96
V) Zusammenfassung	96
B) Arzthaftungsrecht von 1900 bis 1933	97
I) Rechtliche Grundlagen der Arzthaftung und mögliche Rechtsfolgen	97
1) Bürgerliches Gesetzbuch	97
2) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich	97
3) Reichsimpfgesetz	97
4) Strafrechtsreformpläne	97
a) Reformbedarf	97
b) Entwurf 1909	99
c) Entwurf 1911	100
d) Entwurf 1913	100
e) Entwurf 1919	101
f) Entwurf 1922	102

g) Entwurf 1925	102
h) Entwurf 1927	103
i) Entwurf 1930	105
j) Scheitern aller Reformpläne	105
5) Mögliche Rechtsfolgen ärztlicher Behandlungsfehler	106
a) Zivilrechtliche und strafrechtliche Rechtsfolgen	106
b) Sonstige Rechtsfolgen	106
aa) Verlust der Approbation	106
bb) Sanktionen des Ehrengerichts	107
II) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht	107
1) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe	107
2) Allgemeine Tendenzen der Rechtssprechung	107
3) Einzelentscheidungen mit besonderer Bedeutung	108
a) Entscheidungen bezüglich Einwilligung und Aufklärung	108
aa) Einwilligung	108
bb) Aufklärung	108
(1) Ausgangspunkt des Reichsgerichts	109
(2) Fortentwicklung der Rechtsprechung	109
b) Entscheidungen zu Einzelfragen des ärztlichen Behandlungsverhältnisses	111
aa) Fragen aus dem Bereich des Verschuldens	111
bb) Pflichten des Arztes	112
(1) Fortbildungspflicht	112
(2) Kurierfreiheit	112
cc) Schadensminderungspflicht des Patienten	113
c) Entscheidungen zur prozessualen Geltendmachung der Arzthaftungsansprüche	114
aa) Grundsätzliche Beweislast	114
bb) Modifikation der Beweislast	114
d) Sonstige Entscheidungen	114
4) Zusammenfassung	115
III) Diskussionsgegenstände in der Literatur	115
IV) Zusammenfassung	117
C) Arzthaftungsrecht von 1933 bis 1950	118
I) Rechtliche Grundlagen und mögliche Rechtsfolgen	118
1) Allgemeine Auswirkungen der nationalsozialistischen Ideologie auf die Gesetzgebung	118
2) Gesetzesänderungen mit Relevanz für die Arzthaftung	118
3) Reformpläne bezüglich des Stragesetzbuches	119
a) Hintergrund	119
b) Entwurf 1933	120
c) Entwürfe 1936 und 1939	120
d) Scheitern der Reformpläne	120
4) Mögliche Rechtsfolgen ärztlicher Fehlleistungen	121
II) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht	122
1) Tendenzen der arzthaftungsrechtlichen Verfahren	122
2) Einzelentscheidungen mit besonderer Bedeutung	122
a) Entscheidungen zur Einwilligung und Aufklärung	122
aa) Operationsduldungspflicht	122
bb) Umfang der Aufklärungspflicht	125
b) Entscheidungen zu Einzelfragen des ärztlichen Behandlungsverhältnisses	126
aa) Fragen aus dem Bereich der Pflichtverletzung und des Verschuldens	126
bb) Pflichten des Arztes	127
c) Prozessuale Durchsetzung: Beweislast	127
3) Zusammenfassung	127
III) Diskussionsgegenstände in der Literatur	128
1) Operationsduldungspflicht nach der nationalsozialistischen Ideologie	128
a) Anhänger des nationalsozialistischen Ideologie	128
b) Übriges Schrifttum	130
2) Einzelfragen	132
IV) Zusammenfassung	132

D) Ergebnis	133
--------------------------	------------

TEIL IV: EXKURS: ENTWICKLUNG DES ARZTHAFTUNGSRECHTS IN DER DDR

A) Allgemeines zum Arzthaftungsrecht in der DDR	134
I) Begrifflichkeiten	134
II) Grundsätzliches zur Stellung des Patienten.....	134
III) Mögliche Rechtsfolgen ärztlicher Behandlungsfehler	134
B) Zivilrechtliche Haftung für Behandlungsfehler	135
I) Zivilrechtliche Haftung vor 1976	135
1) Rechtslage nach dem Wortlaut des Gesetzes	135
2) Rechtswirklichkeit.....	136
3) Medizinisches Betreuungsverhältnis.....	137
a) Literarische Diskussion.....	137
b) Gesetzliche Regelung.....	138
c) Zweck und Inhalt	139
II) Zivilrechtliche Haftung nach 1976	140
1) Ausgangspunkt.....	140
2) Arzthaftungsfragen im ZGB.....	140
3) Haftungsvoraussetzungen	140
4) Haftungsrechtliche Bedeutung der Aufklärungspflichtverletzung	141
5) Haftungsumfang	142
6) Beweislastverteilung	143
7) Finanzierung des Haftungsmodells.....	144
C) Haftungsrechtliche Besonderheit (EMU)	144
I) Allgemeines	144
II) Voraussetzungen für den Ersatzanspruch	144
III) Umfang der Ersatzleistungen	145
IV) Subsidiarität.....	145
D) Abwicklung der Schadensersatz- und sonstigen Ersatzansprüche.....	145
E) Rechtslage nach der Wiedervereinigung.....	147
F) Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Behandlungsfehler.....	147
I) Strafrechtliche Verantwortlichkeit vor 1968	147
II) Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach 1968	148
G) Häufigkeit von Behandlungsfehlerverfahren	149
I) Zivilrechtliche und sonstige Ausgleichsverfahren.....	149
II) Strafverfahren	150
H) Zusammenfassung und Bewertung	150
I) Vorteile des Heilbehandlungsfolgenrechts des DDR	150
II) Nachteile des Heilbehandlungsfolgenrechts der DDR	151

TEIL V: ENTWICKLUNG DES ARZTHAFTUNGSRECHTS SEIT 1950

A) Arzt Haftungsrecht in den 50er und 60er Jahren	152
I) Rechtliche Grundlagen- Reform des StGB	152
1) Hintergrund der Reform	152
2) Entwürfe von 1960 und 1962	153
a) Entwurf 1960.....	153
aa) Inhalt	153
bb) Reaktionen	154
b) Entwurf 1962.....	156
aa) Inhalt	156

bb) Reaktionen	158
c) Alternativentwurf	160
d) Mögliche Auswirkungen auf das Zivilrecht	160
3) Scheitern der Reformpläne	161
II) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht	161
1) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe	161
2) Gebiete der Rechtsfortbildung und Schwerpunkte der Rechtsprechung.....	162
3) Einzelentscheidungen mit besonderer Bedeutung	162
a) Entscheidungen von juristisch-dogmatischem Interesse.....	162
aa) Notwendigkeit von Aufklärung und Einwilligung.....	162
bb) Einwilligungsfähigkeit	163
b) Entscheidungen mit besonderer Bedeutung für die Pflichten und die Berufsausübung der Ärzte	163
aa) Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht	163
bb) Aufklärung bei Operationserweiterung	164
cc) Ausnahmen von der Aufklärungspflicht	165
c) Entscheidungen zu sonstigen Fragen.....	166
aa) Strafrechtliche Einordnung von Operationsbesteck	166
bb) Herausgabeanspruch bei Röntgenbildern.....	166
cc) Beweislast beim groben Behandlungsfehler.....	166
4) Zusammenfassung.....	167
III) Diskussionsgegenstände in der Literatur	168
IV) Zusammenfassung.....	168

B) Arzthaftungsrecht seit den 70er Jahren 169

I) Rechtsgrundlagen	169
1) Ablösung der Arzthaftung durch die Unfallversicherung?.....	169
a) Entscheidung des OLG Braunschweig	169
b) Reaktionen in der Literatur	171
c) Entscheidungen des Bundessozialgerichts und des Bundesgerichtshofs.....	173
2) Europäischer Richtlinienvorschlag	174
a) Rechtliche Grundlagen und Begründung der Richtlinie.....	174
b) Inhalt	174
c) Kritik	177
d) Rücknahme	179
3) Strafrechtliche Reformpläne.....	180
a) Wortlaut.....	180
b) Begründung	181
c) Bewertung	182
d) Scheitern der Reformpläne	184
4) Gesetzesänderungen mit Relevanz für das Arzthaftungsrecht	184
a) Schuldrechtsreform.....	184
aa) Leistungsstörungen	185
bb) Verjährung	186
cc) Haftung des Sachverständigen.....	186
b) Reformen im Schadensersatzrecht	187
c) Reformen im Zivilprozessrecht	187
d) Sonstige Gesetzesänderungen mit Relevanz für das Arzthaftungsrecht	188
e) Zusammenfassung	189
II) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe	189
1) Neue Entwicklungstendenz.....	189
2) Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherer in Zahlen	191
a) Leistungen der Haftpflichtversicherungen	191
b) Prämien.....	192
3) Zivilrechtliche Haftungsklagen in Zahlen	193
a) Zahl der Verfahren	193
b) Höhe der Schadensersatzsummen	194
4) Strafverfahren in Zahlen.....	195
III) Neues Instrument außergerichtlicher Streitbeilegung	197
1) Verbreitung, Organisation und Verfahrensweise der Gutachter- und Schlichtungsstellen.....	197
a) Hintergrund	197

b) Verbreitung	197
c) Besetzung	198
d) Zuständigkeit.....	198
e) Verfahren	199
f) Wirkung	199
2) Zahlen	200
a) Anstieg der Verfahren	200
b) Ausgang der Verfahren.....	200
c) Dauer der Verfahren	202
d) Quote endgültiger Streitbeilegung	202
3) Bewertung	203
a) Nachteile	203
aa) Befürchtete Nachteile	203
bb) Eingetretene Nachteile	203
b) Vorteile	205
aa) Erhoffte Vorteile	205
bb) Eingetretene Vorteile	205
c) Zusammenfassung.....	206
IV) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht.....	207
1) Klagevorbringen	207
2) Gebiete der Rechtsfortbildung und Schwerpunkte der Rechtsprechung.....	208
3) Einzelentscheidungen von besonderer Bedeutung	211
a) Entscheidungen mit besonderer Bedeutung für die Pflichten und die Berufsausübung der Ärzte	211
aa) Haftungsverteilung bei mehreren möglichen Haftungsschuldnern	211
(1) Organhaftung	211
(2) Anfängeroperation	212
(3) Horizontale Arbeitsteilung	212
bb) Aufklärung und Einwilligung	213
(1) Rechtsnatur der Einwilligungserklärung	213
(2) Person des Aufklärungspflichtigen	213
(3) Zeitpunkt der Aufklärung.....	214
(4) Stufenaufklärung.....	216
(5) Wirtschaftliche Aufklärung	217
(6) Aufklärung über Schmerzen	217
(7) Aufklärung über Infektionsrisiko.....	217
(8) Zurechnungszusammenhang bei Aufklärungspflichtverletzung	218
b) Entscheidungen mit Bedeutung für die prozessuale Geltendmachung.....	219
aa) Beweislastverteilung.....	219
(1) Prozessuale Waffengleichheit.....	220
(2) Dokumentationspflichtverletzung	220
(3) Befunderhebungspflichtverletzung	222
(4) Beherrschbare Risiken.....	223
(5) Grober Behandlungsfehler.....	226
bb) Restriktion der Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand	227
cc) Sachverständige	228
dd) Selbständiges Beweisverfahren im Arzthaftungsprozess	229
c) Entscheidungen von allgemeinem Interesse	229
4) Zusammenfassung.....	231
V) Diskussionsschwerpunkte in der Literatur	233
1) Reform des Arzthaftungsrechts?.....	234
a) Reformbedarf	234
b) Vergleich mit der Lage in den USA.....	235
aa) Situation in den USA	235
(1) Entwicklung	235
(a) Häufigkeit der Verfahren.....	235
(b) Schadensersatzsummen	235
(c) Folgen	236
(2) Reaktionen	236
bb) Ursachen für die unterschiedliche Entwicklung in Deutschland und den USA	237
c) Reformansätze.....	238

aa) Gefährdungshaftung.....	238
(1) Reformvorschlag.....	238
(2) Stellungnahmen	239
(a) Pro	239
(b) Contra	240
(c) Zusammenfassung	242
bb) Versicherungslösung nach neuseeländischem Vorbild.....	242
(1) Neuseeländisches System.....	243
(a) Leistungsvoraussetzungen.....	243
(b) Ersatzumfang.....	244
(c) Organisation und Finanzierung.....	245
(d) Erfahrungen	245
(2) Stellungnahmen	245
(a) Pro	246
(b) Contra	246
(c) Zusammenfassung	248
cc) Versicherungslösung nach schwedischem Vorbild	248
(1) Schwedisches System	248
(a) Leistungsvoraussetzungen.....	249
(b) Ersatzumfang.....	250
(c) Organisation und Finanzierung.....	250
(d) Erfahrungen	251
(2) Übertragbarkeit auf Deutschland	253
(a) Erfasster Versicherungsfall.....	253
(b) Ausgeschlossene Fälle.....	253
(c) Leistungsumfang.....	254
(d) Organisation und Finanzierung	255
(e) Verhältnis zum bestehenden System	256
(f) Beweislast.....	256
(g) Zusammenfassung	256
(3) Stellungnahmen	256
(a) Pro	256
(b) Contra	258
(c) Zusammenfassung	260
dd) Sonstige haftungsrechtliche Modelle.....	261
(1) Garantiehaftung	261
(2) Einbeziehung in die gesetzliche Unfallversicherung	261
(3) Ausgleichsfonds	262
(4) Patientenkasse	263
(5) Haftungsmodell der DDR.....	264
ee) Modifikationen innerhalb des bestehenden Systems.....	264
(1) Zivilrechtliche Kodifikation.....	264
(a) Inhalt	265
(b) Stellungnahmen.....	266
(2) Strafrecht.....	267
(3) Zivilrecht.....	267
(4) Prozessrecht	268
(a) Änderungen im Beweisrecht.....	268
(b) Änderungen speziell beim Sachverständigenbeweis	269
(c) Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit	270
(d) Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens.....	271
(5) Sonstige Änderungsvorschläge	272
(6) Zusammenfassung	272
ff) Zusammenfassung	273
2) Modifikation des Haftungsstandards	274
a) Wirtschaftlichkeitsgebot	274
aa) Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund	274
(1) Entwicklung im Gesundheitswesen	274
(2) Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich	274
(3) Rechtliche Situation	276
(4) Tatsächliche Situation	277
bb) Reaktionen und Lösungsansätze in der Literatur.....	277

cc) Ergebnis	279
b) Qualitätssicherung	279
aa) Begriff und Durchführung	280
(1) Begriff	280
(2) Durchführung	280
bb) Verhältnis zum Arzthaftungsrecht	280
cc) Richtlinien und Leitlinien als besondere Mittel der Qualitätssicherung	281
(1) Begriff und Wirkung	281
(2) Verhältnis zum Arzthaftungsrecht	282
(a) Mögliche Auswirkungen	282
(b) Rechtsprechung zu Richtlinien und Leitlinien	282
(c) Bewertung in der Literatur	283
(d) Stellungnahme	285
3) Einzelfragen	286
a) Mediation	286
aa) Begriff und Verfahren	286
bb) Einsetzbarkeit im Arzt Haftungsrecht	287
(1) Vorteile	287
(2) Nachteile	288
(3) Zusammenfassung	289
b) Telemedizin	289
VI) Zusammenfassung	290
C) Ergebnis	293
TEIL VI: SCHLUSSBETRACHTUNGEN	294
A) Entwicklung der haftungsrechtlichen Situation des Arztes in den verschiedenen Epochen	294
I) Entwicklung der Rechtslage	295
1) Entwicklungsschritte	295
2) Zusammenfassung	296
II) Entwicklung der Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe	296
1) Entwicklungsschritte	296
2) Zusammenfassung	297
III) Entwicklung der Rechtsprechung	298
1) Entwicklungsschritte	298
2) Zusammenfassung	299
IV) Entwicklung der Literatur	299
1) Entwicklungsschritte	299
2) Zusammenfassung	300
V) Stand des Arzt Haftungsrechts heute	300
B) Ausblick	300

Abkürzungsverzeichnis:

a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AGB	Gesetzbuch der Arbeit der DDR
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
BÄO	Bundesärzteordnung
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Chirurg	Der Chirurg
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EMU	erweiterte materielle Unterstützung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS	Der Gerichtssaal
HÄB	Hessisches Ärzteblatt
HIV	Human Immunodeficiency Virus
i.V.m.	in Verbindung mit
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
MBO	Musterberufsordnung

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Medizinhistor. Journal	Medizinhistorisches Journal
MedR	Medizinrecht
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift
n.Chr.	nach Christus
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PHi	PHi: Haftpflicht international
RabelsZ	Rabelszeitschrift
RÄO	Reichsärzteordnung
RehaAnglG	Rehabilitationsangleichungsgesetz
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
vgl.	vergleiche
v.Chr.	vor Christus
VersR	Versicherungsrecht
Warn. Rspr.	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZGB	Zivilgesetzbuch der DDR
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRechtsmedizin	Zeitschrift für Rechtsmedizin
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Teil I: Grundlagen

A) Kunstfehler oder Behandlungsfehler?

I) Entwicklung vom Kunstfehlerbegriff zum Begriff des Behandlungsfehlers

Bei der rechtlichen Beurteilung ärztlichen Handelns ist seit jeher zu berücksichtigen, „dass auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, dass trotz aller Fähigkeiten und Sorgfalt des Operators ein Griff, ein Schnitt oder Stich misslingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt“¹. Diese Tatsache wird schon immer von Medizinern und Juristen gleichermaßen anerkannt. Abgesehen davon war und ist im Bereich des Arzthaftungsrechts allerdings vieles umstritten und im Fluss. Es bestand sogar lange Zeit nicht einmal Einigkeit über die grundlegendste und deshalb hier zunächst interessierende Frage, unter welchem Begriff und mithilfe welcher Definitionsmerkmale der durch ein ärztliches Fehlverhalten verursachte Misserfolg erfasst und rechtlich verfolgt werden sollte.

1) Kunstfehlerbegriff

Seit der Antike gab es zwar verschiedene Bestrebungen, ärztliches Fehlverhalten rechtlich zu verfolgen. Man begann jedoch erst verhältnismäßig spät, auf einheitliche und genaue Begrifflichkeiten und Definitionen Wert zu legen. Der Vorläufer des lange Zeit gebräuchlichen Kunstfehlerbegriffs entstammt der Constitutio Criminalis Carolina, der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. aus dem Jahre 1532. In deren Artikel 134 wurde dem Arzt eine Strafe angedroht, der aus „unfleiß oder unkunst“ einem anderen Schaden zugefügt hatte². Einige Zeit später gebrauchte man - wollte man ärztliches Fehlverhalten überhaupt als verfolgbar ansehen - den Begriff des Kunstfehlers. Dieser entstand als solcher im 17./ 18. Jahrhundert, erlangte aber erst im 19. Jahrhundert mit dem wachsenden Aufschwung in der Medizin zunehmende Bedeutung³. Die Ansichten, was darunter zu verstehen sei, wichen teilweise stark voneinander ab.

Die erste Definition des Kunstfehlers findet sich im Jahre 1797 bei dem Mediziner Christian Fahner. Er bezeichnete ärztliche Behandlungsfehler als „Vergehungen gegen die von den Lehrern der Arzneikunst als zuverlässig und allgemein angenommenen Regeln der gesamten Arzneikunst“ aus „argloser Übereilung“, „grober Unwissenheit“, „Vorwitz“, „Verwegenheit“, „Bosheit“, „menschlicher Schwachheit“, „zu großer Ängstlichkeit“ oder „unverzeihlicher Nachlässigkeit“⁴.

Die wohl bekannteste und meist zitierte Definition des Begriffs stammt von dem Mediziner und Anthropologen Rudolf Virchow (1821-1902). Er verstand unter einem Kunstfehler einen „Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht“⁵. Somit war der Begriff des Kunstfehlers von Anfang an eng mit dem der Fahrlässigkeit verbunden⁶. Das Reichsgericht lehnte sich an die Definition Virchows an⁷. In der Literatur jedoch

¹ vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.275; Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.1342; RGZ 78, S.432, 435.

² Katzenmeier, Arzthaftung, S.273.

³ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.44.

⁴ Wagner, ZRechtsmedizin, 1981, S.303, 305.

⁵ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.19; König/ Köstlin, Haftpflicht, S.44.

⁶ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.44.

⁷ Franzki, MedR 1994, S.171, 173; Katzenmeier, Arzthaftung, S.274.

wurde der Begriff teilweise sehr weit ausgedehnt. So sollte er nach einer Ansicht jede Komplikation und jeden Misserfolg ärztlicher Behandlungen erfassen⁸. Andere Autoren dagegen lehnten den Begriff gänzlich ab, da es aufgrund der stetigen Entwicklung in der Medizin, den oft parallel angewandten Methoden und dem Nebeneinander von Schulmedizin und anderen Heilmethoden niemals in allen Bereichen eine einheitliche Auffassung der Wissenschaft als Grundlage der „anerkannten Regeln“ geben könne⁹. Die Anwendung des Kunstfehlerbegriffs führe deshalb zum gänzlichen Verlust jeden Maßstabs und zu unbilligen Ergebnissen und Missverständnissen und müsse aus diesen Gründen völlig vermieden werden¹⁰. Wiederum andere wollten am Begriff des Kunstfehlers festhalten, betonten jedoch, dass er vom Begriff der Fahrlässigkeit streng getrennt werden müsse. Denn zum einen gebe es neben den allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft weitere Sorgfaltspflichten, bei deren Verletzung der Arzt zum Schadensersatz verpflichtet sein könne. Zum anderen werde mit dem Kunstfehler lediglich eine Tatsache festgestellt ohne jegliche rechtliche Wertung¹¹.

Der Bundesgerichtshof (BGH) verstand unter einem Kunstfehler zunächst den Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft und lehnte sich damit wie das Reichsgericht anfänglich an die Begrifflichkeit und Definition Virchows an¹². In der Literatur blieb weiter vieles umstritten. Von den einen wurde unter einem Kunstfehler „jeder dem Arzt in der Arbeit am Kranken unterlaufende Fehler“ verstanden und zugleich betont, dass damit nur ein tatsächlicher Ablauf bezeichnet, aber keine juristische Wertung getroffen werde¹³. Von anderen wurde er als das „nach dem Stande der Medizin unsachgemäße und schädigende Verhalten des Arztes“ definiert¹⁴. Teilweise folgte die Literatur auch der Definition der Rechtsprechung¹⁵. Dabei wurde stets betont, dass der Begriff des Kunstfehlers und der der Fahrlässigkeit streng zu unterscheiden seien. Ein Verstoß gegen eine Kunstregel stelle nämlich dann keine Sorgfaltspflichtverletzung dar, wenn der Arzt das Abweichen von der Regel im Rahmen der Behandlungsfreiheit für sachlich geboten halten dürfe¹⁶. Da diese Unterscheidung von Fehlverhalten und Verschulden häufig zu Verwirrungen führte, wollten einzelne Autoren den Begriff des Kunstfehlers ganz vermeiden und durch die Fahrlässigkeit ersetzen¹⁷. Andere wollten die Bezeichnung auf das Außerachtlassen elementarer ärztlicher Maßnahmen im Bereich der Diagnose oder Therapie beschränken¹⁸. Die Notwendigkeit eines vollkommenen Verzichts auf den Begriff des Kunstfehlers als Verstoß gegen allgemein anerkannte Regeln begründete eine andere Ansicht damit, dass diese Bindung an generelle Regeln dem Wesen der ärztlichen Tätigkeit widerspreche und zu einem Stillstand des medizinischen Fortschritts führen müsse. Auch ließe sich angesichts der rasanten Entwicklung ein allgemeiner Standard schwer feststellen¹⁹. Von der überwiegenden Zahl der Autoren und der Rechtsprechung wurde aber an der Unterscheidung zwischen dem Beschreiben des tatsächlichen Phänomens „Kunstfehler“ und der rechtlichen Beurteilung „Fahrlässigkeit“ festgehalten.

Letztlich herrschte, wenn schon nicht über die einzelnen Definitionsmerkmale, so doch wenigstens über die Wahl des Begriffs „Kunstfehler“ weitestgehend Einigkeit.

⁸ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.43.

⁹ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.46/ 47.

¹⁰ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.47.

¹¹ Schmidt, Strafrecht, S.139.

¹² Katzenmeier, Arzthaftung, S.274; Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.269.

¹³ Ponsold, Lehrbuch, 1. Auflage, S.36; Ponsold, Lehrbuch, 2. Auflage, S.45.

¹⁴ Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.268.

¹⁵ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.12.

¹⁶ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.12; Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.270.

¹⁷ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.12.

¹⁸ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

¹⁹ Park, Arzthaftungsrecht, S.115.

2) Behandlungsfehler

Diese Begrifflichkeit begann sich jedoch Ende der siebziger Jahre zu wandeln, weil von Seiten der Mediziner und Juristen zunehmend Kritik an der Bezeichnung „Kunstfehler“ laut wurde. Die Medizin in neuerer Zeit stelle eher eine empirische Wissenschaft dar, so dass der Kunstbegriff ungeeignet erscheine. Die Medizin habe nämlich nur im früheren Sinne als „Kunst“ bezeichnet werden können, als besondere Fertigkeiten und Geschicklichkeit notwendig gewesen seien²⁰. Auch sei beim Ausgehen von einer „Könnens-Kunst“ das Missverständnis unvermeidbar, die medizinische Sorgfalt werde durch persönliche Fähigkeiten bestimmt. Es komme in der Medizin aber auf einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab an. Zudem vertrage sich das statische Element der erlernten Fähigkeiten nicht mit der dynamischen Entwicklung in der Medizin²¹. Vor allem die Ärzteschaft lehnte darüber hinaus den Begriff des Kunstfehlers deshalb vehement ab, weil er mit einem Vorwurf des persönlichen Versagens gleichgesetzt wurde und deshalb stark emotional belastet war²². Diese persönlich diskriminierende Wirkung wurde auch von juristischer Seite erkannt²³.

Vor diesem Hintergrund distanzierte sich der BGH erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahre 1978 vom Begriff des Kunstfehlers, indem er ihn in Anführungsstrichen gebrauchte²⁴. Er begann fortan, den Begriff des Kunstfehlers gegen Ende der siebziger Jahre zunehmend zu meiden²⁵ und ihn durch den des „Behandlungsfehlers“ zu ersetzen²⁶. In der Literatur bestand zunächst weiterhin Uneinigkeit über den Begriff des „Kunstfehlers“ und dessen Funktion, wobei im Wesentlichen die oben angeführten Ansätze weiter verfolgt wurden. Eine Definition des Behandlungsfehlers gab der BGH erstmals gegen Ende der achtziger Jahre. Diese fasste er weit und machte die Annahme eines Behandlungsfehlers ausschließlich davon abhängig, „ob der Arzt unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen sowie therapeutischen Maßnahmen getroffen und diese Maßnahmen sorgfältig durchgeführt hat“²⁷. Diese Begriffsbestimmung fand auch in der Literatur weitgehend Zustimmung und grundlegende dogmatische Auseinandersetzungen zu diesem Themenbereich sind somit kaum mehr zu finden²⁸. Die Wissenschaft konzentriert sich in neuerer Zeit vielmehr unter anderem darauf, die verschiedenen Fallgruppen der Behandlungsfehler zu unterscheiden²⁹.

II) Arten der Behandlungsfehler

Die zahlreichen Erscheinungsformen der Behandlungsfehler lassen sich nach verschiedenen Kriterien in unterschiedliche Kategorien einteilen. Man kann die Behandlungsfehler zunächst danach unterscheiden, ob der Arzt eine falsche Maßnahme ergreift, oder ob die Pflichtverletzung im Unterlassen einer notwendigen Maßnahme besteht³⁰.

²⁰ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.274.

²¹ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.274.

²² Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.276; Mallach/ Schlenker/ Weiser, *Kunstfehler*, S.4; Schick, *Haftung*, S.37.

²³ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.276.

²⁴ BGH, NJW 1978, S.587, 587; vgl. Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

²⁵ Dunz, *Arzthaftungsrecht*, S.22.

²⁶ Bodenburg, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft* 1981, S. 155, 161; Deutsch, *VersR* 1982, S.305, 305.

²⁷ BGH, NJW 1987, S.2291, 2292; vgl. Franzki, *MedR* 1994, S.171, 173; Giesen, *JZ* 1990, S.1053, 1056.

²⁸ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.277

²⁹ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.277.

³⁰ Kohlhaas, *Medizin und Recht*, S.138.

Es ist aber auch eine differenziertere Einteilung nach so genannten Real- und Legaltypen möglich.

1) Realtypen

Bei der Einordnung der Behandlungsfehler in die verschiedenen Kategorien von Realtypen ist maßgeblich, in welchem Bereich die Pflichtverletzung erfolgt ist, welcher Art die Pflichtverletzung war und welche Richtung oder welches Maß sie hatte.

Die erste Kategorie, ein Diagnosefehler, liegt zum einen dann vor, wenn erhobene Befunde falsch interpretiert werden, zum anderen dann, wenn eine Erhebung von Diagnose- oder Kontrollbefunden gar nicht stattfand, differenzialdiagnostische Maßnahmen trotz eindeutiger Symptome unterlassen wurden oder eindeutige Symptome vom Arzt nicht hinreichend berücksichtigt werden³¹.

Ein Therapiefehler als zweite Kategorie ist anzunehmen in Fällen, in denen trotz Erforderlichkeit einer Therapie eine Behandlung ganz unterbleibt oder verspätet vorgenommen wird³². Ein solcher Fehler liegt auch vor bei der Anwendung veralteter oder überholter Methoden, jedenfalls wenn diese durch gesicherte medizinische Erkenntnisse überholt sind, wenn neue Methoden weniger risikoreich sind oder bessere Heilungschancen begründen³³ oder bei Nichtberücksichtigen von gewichtigen Stimmen in der Literatur³⁴. Unter die Therapiefehler fällt auch die Fehlmaßnahme, bei der die Therapie durch die falsche Person, am falschen Ort oder zur falschen Zeit vorgenommen wurde³⁵ oder die abweichende Behandlung, bei der trotz einer der Diagnose entsprechenden Therapie vom Standard abgewichen wurde³⁶. Als Behandlungsfehler in diesem Sinne ist auch die Übermaßbehandlung anzusehen, bei der die Dosierung eines Medikaments oder das zulässige Maß der Diagnose oder Behandlung in Abweichung vom medizinischen Standard überschritten wird³⁷.

Als weitere Kategorie kommen begleitende Fehler wie etwa das Zurücklassen von Fremdkörpern, die Nichtbeachtung von Neben- oder Wechselwirkungen, das Herbeiführen oder Nichtverhindern einer Infektion oder eine unterlassene oder nicht hinreichende Verlaufsbeobachtung in Betracht³⁸.

Einen Sonderfall stellen als vierte Kategorie Versäumnisse im Bereich der therapeutischen Aufklärung dar. Diese sind anzunehmen, wenn der Arzt seiner Pflicht, den Patienten über alle Umstände zu informieren, die zur Sicherung des Heilungserfolges und zu einem therapiegerechten Verhalten notwendig sind, nicht oder nicht vollumfänglich nachkommt. Zur Erfüllung dieser Pflicht gehört zum Beispiel der Hinweis auf die Dringlichkeit einer Behandlung, auf eine Ansteckungsgefahr, auf eine bestehende Misserfolgsquote, auf mögliche Nebenwirkungen oder auf das Erfordernis einer vorsichtigen Lebensführung³⁹.

Die Fehlleistungen können aber auch aus Bereichen stammen, die nicht unmittelbar Gegenstand der ärztlichen Tätigkeit im herkömmlichen Sinne sind. So bilden die Organisationsfehler eine weitere Kategorie der Behandlungsfehler. Hierbei handelt es sich um eine Verletzung der Pflicht, die Aufgabenteilung und den Behandlungsablauf zweckmäßig zu strukturieren.⁴⁰ Es muss gewährleistet sein, dass mit dem vorhandenen ärztlichen Personal und funktionstüchtigen medizinischem Gerät die

³¹ Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.198, 199; Quaas/ Zuck, Medizinrecht, S.268, 269.

³² Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.104.

³³ Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.199.

³⁴ Quaas/ Zuck, Medizinrecht, S. 269.

³⁵ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.105.

³⁶ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.105.

³⁷ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.105.

³⁸ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.106/ 107.

³⁹ Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.200; Quaas/ Zuck, Medizinrecht, S.270.

⁴⁰ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.108.

Aufgaben nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Erkenntnisse erfüllt werden können⁴¹. Eine weitere Kategorie dieser Art bildet die Verletzung der Verkehrssicherungspflichten. Der Krankenhausträger ist neben seinen herkömmlichen Pflichten nämlich auch gehalten, die Patienten vor Schädigungen durch die Einrichtungen oder bauliche Gestaltung des Krankenhauses, durch Geräte, Apparate, Möbel, sanitäre Einrichtungen oder Zu- und Abgänge zu bewahren⁴² oder psychisch erkrankte oder labile Patienten gegen die Gefahr der Selbstschädigung oder des Suizidversuchs zu sichern⁴³.

2) Legaltypen

Einige Behandlungsfehler lassen sich auch nach der Art der sie kennzeichnenden Fahrlässigkeit oder der verletzten rechtlichen Pflicht einteilen.

So kann ein Fehler des Arztes zum ersten in einem Übernahmeverschulden oder einer einleitenden Fahrlässigkeit liegen, wenn die Fachkenntnisse des behandelnden Arztes oder die sachliche oder räumliche Ausstattung der Praxis oder des Krankenhauses unzureichend sind, und der Arzt in Kenntnis dieser Umstände die Behandlung trotzdem übernimmt, statt den Patienten entsprechend zu überweisen⁴⁴. Hierzu zählt auch der Fall, dass der Arzt die Therapie wegen eines Fähigkeitsabfalls infolge Müdigkeit oder Sucht nicht hinreichend durchführen kann, sie aber dennoch übernimmt, obwohl ihm seine eingeschränkte Einsatzfähigkeit bewusst ist⁴⁵.

Die zweite Kategorie stellen die Pflichtverletzungen im Bereich der Anfängeroperation dar. Es besteht hier eine Verpflichtung des Krankenhausträgers und des ausbildenden Arztes, den Behandelnden einzuweisen, anzuleiten und durch einen kompetenten Kollegen zu überwachen oder sicherzustellen, dass sofort ein erfahrener Facharzt hinzugezogen werden kann⁴⁶. Eine Haftung im Bereich der dritten Kategorie, der Gruppenfahrlässigkeit, tritt immer dann ein, wenn die objektiv-typisierte Sorgfalt außer Acht gelassen worden ist⁴⁷.

Einen besonderen Legaltyp stellt zuletzt noch der grobe Behandlungsfehler dar, der vorliegt, wenn die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde und das nicht beachtet wurde, was jedem hätte einleuchten müssen. Die Haftung ist hier auf alle Schadensfolgen erweitert, die möglicherweise auf den Fehler zurückzuführen sind⁴⁸.

3) Sonstige Fehlleistungen

Die wichtigste Haftungsursache neben der Annahme eines Behandlungsfehlers im oben ausgeführten Sinn stellen im Übrigen die Pflichtverletzungen im Bereich der Aufklärung dar⁴⁹. Die Rechtspflicht zur Aufklärung wurde von der Rechtsprechung erst später als der Behandlungsfehler entwickelt und zählt als Haftungsgrund im Falle eines Verstoßes nicht zu den Behandlungsfehlern im herkömmlichen Sinn. Liegt ein Fehler bei der Aufklärung vor oder fehlt sie ganz, so spricht man vielmehr von einer eigenmächtigen Heilbehandlung, weil die Fehlerhaftigkeit oder das Fehlen der Aufklärung die vom Patienten notwendigerweise zu erteilende Einwilligung in die Behandlung unwirksam macht. Da die Aufklärungspflichtverletzung praktisch von

⁴¹ Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.203.

⁴² Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.207.

⁴³ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.109.

⁴⁴ Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 201; Quaas/ Zuck, Medizinrecht, S.268.

⁴⁵ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.110;

⁴⁶ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.111.

⁴⁷ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.112.

⁴⁸ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.114.

⁴⁹ Quaas/ Zuck, Medizinrecht, S.271, 278.

außerordentlicher Relevanz ist, wird sie später noch verstärkt Gegenstand der Ausführungen sein.

B) Grundzüge der Arzthaftung

I) Rechtliche Grundlagen

Da im Laufe der Ausführungen genauer auf verschiedenste, von der Rechtsprechung entwickelte Aspekte der Arzthaftung eingegangen werden wird, seien hier zum besseren Verständnis die wesentlichen Grundlagen des geltenden Arzthaftungsrechts dargestellt.

1) Zivilrechtliche Grundlagen

Den Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung ärztlichen Handelns bilden die Normen des Zivilrechts und des Strafrechts, ergänzt durch die ärztliche Ethik.

a) Vertragsrecht

Zwischen Arzt und Patient kommt aus zivilrechtlicher Sicht grundsätzlich ein Dienstvertrag zustande, der den Arzt zur Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst, nicht aber zur Erbringung eines bestimmten Erfolges verpflichtet. Die Haftung aus diesem Vertragsverhältnis richtete sich vor der Schuldrechtsreform mangels gesetzlicher Regelung nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung. Hiernach musste eine schuldhaftes Pflichtverletzung zu einem kausalen Schaden führen. Seit der Reform des Schuldrechts ist die Pflichtverletzung allgemein in § 280 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geregelt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen haben sich dadurch nicht geändert. Das Verschulden richtet sich ebenfalls nach wie vor nach § 276 Absatz 1 BGB, wobei es im Zivilrecht nicht auf die subjektiv-individuelle Vorwerfbarkeit, sondern auf den objektiv-typisierenden Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Arztes ankommt⁵⁰. Für Personal oder angestellte Ärzte im Krankenhaus haftet je nach Vertragsgestaltung der Inhaber der Praxis, der Krankenhausträger oder der selbst liquidierende Arzt nach § 278 BGB ohne Exkulpationsmöglichkeit. Die auf das Vertragsrecht gestützten Ansprüche verjährten nach alter Rechtslage gemäß §§ 195, 611 BGB in dreißig Jahren⁵¹. Nach neuem Schuldrecht beträgt die Verjährungsfrist nach § 195 BGB n.F. 3 Jahre und beginnt nach § 199 BGB⁵².

In Sonderfällen kann an Stelle des Dienstvertrages das quasivertragliche Schuldverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB) und die Haftung hieraus in Betracht kommen, die im Wesentlichen ebenfalls den dargestellten Grundsätzen folgt.

b) Deliktsrecht

Die zivilrechtlichen Ansprüche aus Delikt beruhen auf dem Recht der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff BGB). Voraussetzungen für diese Haftung ist eine schuldhaftes und rechtswidrige Verletzung von Körper oder Gesundheit, die zu einem kausalen Schaden führt⁵³. Dabei versteht die Rechtsprechung jede fehlerhafte Behandlung als Körperverletzung, auch wenn sie zu Heilzwecken lege artis und erfolgreich durchgeführt wurde. Diese Körperverletzung wird aber regelmäßig durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt. Der Arzt haftet demnach entweder dann, wenn ihm bei einer misslungenen Behandlung ein Behandlungsfehler nachgewiesen wer-

⁵⁰ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 166.

⁵¹ Giesen, Jura 1981, S.10, 12.

⁵² Steffen, BGH- Rechtsprechung, 9. Auflage, S.247.

⁵³ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.85.

den kann oder unabhängig vom Nachweis eines Behandlungsfehlers, wenn er den Patienten ohne dessen Einwilligung behandelt⁵⁴. Auch hier ist Verschulden nach § 276 Absatz 1 BGB im oben genannten Sinne erforderlich. Bei der Haftung für Hilfspersonen besteht im Rahmen der deliktischen im Gegensatz zur vertraglichen Haftung die Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Absatz 1 Satz 2 BGB. Eine Besonderheit im Zusammenhang mit der Haftung für Hilfspersonen stellen hier außerdem die Anwendung der Vorschriften über die Organhaftung (§§ 31, 89 BGB) und der Ausbau der Grundsätze über Organisations-, Personal- und Übernahmeverschulden dar⁵⁵. Eine weitere Besonderheit lag vor der Reform des Schadensrechts in der nur im Deliktsrecht bestehenden Möglichkeit, nach § 847 BGB Schmerzensgeld zu beanspruchen. Mit Einführung des § 253 Absatz 2 BGB n.F. wurde diese Möglichkeit jedoch auf das Vertragsrecht ausgeweitet. Die Verjährung der deliktischen Ansprüche trat nach alter Rechtslage nach § 852 BGB innerhalb von drei Jahren nach der Erlangung der Kenntnis eines Schadens ein⁵⁶. Im neuen Schuldrecht richtet sich die Verjährung der deliktischen wie der vertraglichen Ansprüche einheitlich nach § 195, 199 BGB.

c) Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung

Die tatbestandlichen Voraussetzungen von vertraglicher und deliktischer Haftung sind somit fast dieselben. Die größten Unterschiede der beiden zivilrechtlichen Haftungsgrundlagen bestanden vor der Schuldrechtsreform und den Neuerungen im Schadensrecht in der Gewährung eines Schmerzensgeldes nach § 847 BGB a.F. und der unterschiedlichen Frist für die Verjährung nach § 195 bzw. § 852 BGB a.F.⁵⁷. Mittlerweile sind die Verjährungsfristen angeglichen (§§ 195, 199 BGB n.F.) und ein Schmerzensgeld kann in bestimmten Fällen auch im Rahmen der vertraglichen Haftung (§ 253 Absatz 2 BGB n.F.) gewährt werden. Die Exkulpationsmöglichkeit für Hilfspersonen allein im Rahmen der deliktischen Haftung, nicht aber im Vertragsrecht (§ 278 BGB) besteht allerdings auch nach der Schuldrechtsreform unverändert. Obwohl die vertragliche und die deliktische Haftung somit einige bedeutende Unterschiede aufwiesen und zum Teil noch aufweisen, werden sie von der Rechtsprechung seit langem gleichlaufend behandelt⁵⁸. In tatbestandlicher Hinsicht stellt die Rechtsprechung an den Umfang der ärztlichen Sorgfaltspflicht bei vertraglichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen dieselben Anforderungen⁵⁹. Der Verschuldensmaßstab ist, wie bereits gezeigt, derselbe. Auch in beweismäßiger Hinsicht unterscheidet die Rechtsprechung die zivilrechtliche Vertrags- und Deliktshaftung nicht⁶⁰. Die zivilrechtliche Arzthaftung erscheint dadurch als ein einheitlicher Haftungstatbestand.

2) Strafrechtliche Grundlagen

Im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung kommen im Bereich der ärztlichen Behandlungsfehler in erster Linie die Straftatbestände der fahrlässigen Tötung (§ 222 Strafgesetzbuch), der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) und der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 223 StGB) in Betracht. Nach Ansicht der Rechtsprechung stellt nämlich auch im Strafrecht jeder ärztliche Heileingriff, auch eine kunstgerecht oder erfolgreich durchgeführte Maßnahme, tatbestandlich eine Körperverletzung dar, die durch die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Patienten gerechtfertigt sein muss⁶¹. Die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Behandlung ist aber

⁵⁴ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 164.

⁵⁵ Giesen, JZ 1982, S.345, 346.

⁵⁶ Giesen, Jura 1981, S.10, 13.

⁵⁷ Giesen, Jura 1981, S.10, 10.

⁵⁸ Giesen, JZ 1982, S.345, 345.

⁵⁹ Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.306.

⁶⁰ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.249.

⁶¹ Fischer/ Tröndle, § 223 StGB, Rn.9.

nicht nur bei gänzlich fehlender Einwilligung anzunehmen. Da weder ein Behandlungsfehler noch eine überflüssige Maßnahme von einer erteilten Einwilligung gedeckt ist, liegt auch in einem solchen Fall eine rechtswidrige Körperverletzung vor. Dasselbe gilt bei fehlender oder unzureichender Aufklärung, da dann die darauf beruhende Einwilligung unwirksam ist⁶². Irrt sich der Arzt über die Voraussetzungen der Aufklärung und Einwilligung, so liegt bei diesem Irrtum über rechtfertigende Umstände ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB vor. Damit kommt nur noch eine Strafbarkeit aus fahrlässiger, nicht aber aus vorsätzlicher Körperverletzung in Betracht⁶³. Nimmt der Arzt dagegen irrig an, Einwilligung und Aufklärung seien nicht notwendig oder täuscht er sich über die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes, so liegt ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor. Bei Vermeidbarkeit dieses Irrtums bleibt es bei der Strafbarkeit nach § 223 StGB⁶⁴. Das Verschulden kann im Bereich der strafrechtlichen Haftung nicht wie im Zivilrecht nur nach einem objektiv-typisierten Maßstab beurteilt werden, sondern die subjektive Vorwerfbarkeit ist unabdingbare Voraussetzung für die Strafbarkeit⁶⁵.

Die unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB) kann außer Acht gelassen werden, da sie keine erweiterte Berufspflicht für Ärzte begründet⁶⁶. Die Tatbestände des Mords (§ 211 StGB) und des Totschlags (§ 212 StGB) sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen. Eine vorsätzliche Tötung kommt nämlich im Regelfall neben sonstigen seltenen Ausnahmefällen nur dann in Betracht, wenn der Tod des Patienten bei pflichtgemäßem Ermessen mit einer für eine Verurteilung erforderlichen Sicherheit hätte hinausgeschoben werden können⁶⁷.

3) Verhältnis von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Haftung

Somit bestehen zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung teilweise große Unterschiede. Vor allem setzt die strafrechtliche Schuld im Gegensatz zum zivilrechtlichen Verschulden die Vorwerfbarkeit voraus⁶⁸. Zudem sind im Strafprozess keine Beweiserleichterungen zum Nachteil des Angeklagten denkbar⁶⁹. Rechtsdogmatisch besteht aber zwischen dem Zivilrecht und dem Strafrecht eine gewisse Annäherung. Zwar steht im zivilen Haftungsrecht der Ausgleich des erlittenen Schadens im Vordergrund. Es besteht daneben aber auch eine gewisse Präventionsfunktion. Im Strafrecht spielt demgegenüber die Prävention die bedeutendere Rolle. Der Aspekt der Vergeltung bleibt aber auch hier nicht völlig außer Acht. Beide Rechtsgebiete dienen somit, wenn auch mit deutlich unterschiedlicher Akzentsetzung, denselben Zielen⁷⁰. Dennoch waren lange Zeit fast ausschließlich die strafrechtlichen Aspekte des Arzthaftungsrechts Gegenstand der Literatur⁷¹. Im Rechtsalltag jedoch ist die zivilrechtliche Haftung in den letzten Jahrzehnten deutlich in den Vordergrund getreten⁷². Heute findet im Arzthaftungsrecht eine einheitliche Betrachtung der zivil- und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit statt, wobei die notwendigen Differenzierungen, etwa im Bereich des Verschuldens, natürlich beibehalten werden⁷³.

⁶² Fischer/ Tröndle, § 223 StGB, Rn.13.

⁶³ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.241.

⁶⁴ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.241.

⁶⁵ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.239.

⁶⁶ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.243.

⁶⁷ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.240.

⁶⁸ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.238.

⁶⁹ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.239.

⁷⁰ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S. 237.

⁷¹ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.5.

⁷² Deutsch, Medizin und Forschung, S.7; Laufs, NJW 2000, S.1757, 1764.

⁷³ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.5.

4) Verhältnis der Ethik zum Recht

Maßstab für das ärztliche Handeln sind aber nicht nur die vom Gesetzgeber festgelegten Regeln, sondern auch die gerade im medizinischen Bereich bedeutsamen ethischen Normen.

Der heute noch von jedem Arzt zu leistende Hippokratische Eid ist der wohl bekannteste Ausdruck ärztlicher Standesethik, der die Maximen zur Ausbildung und Schärfung des ärztlichen Gewissens liefert⁷⁴. Er beinhaltet das für das Arzthaftungsrecht besonders wichtige Gebot, dass der Heilerfolg und die Wirksamkeit der medizinischen Praxis den Zweck ärztlichen Handelns zu bilden hat. Ferner soll der Arzt mit seinem gesamten Tun und Unterlassen ausschließlich dem Leben dienen. Der pflichtmäßig handelnde Arzt hat außerdem jedem Patienten einen persönlichen und individuellen Dienst zu leisten und deshalb dessen Willensfreiheit zu achten. Zuletzt bleibt der Arzt, so der Eid, als Mediziner der Wissenschaft und als Arzt den Normen des Rechts wie der Sittlichkeit verpflichtet⁷⁵. Das zweite grundlegende Axiom für das ärztliche Handeln ist neben den Hippokratischen Grundsätzen das alte Gebot „salus aegroti suprema lex“, wonach das Wohl des Patienten wichtigster Maßstab bei der Ausübung des Arztberufs sein muss⁷⁶.

Das Bundesverfassungsgericht führte zum Verhältnis der Ethik zum Recht im Arztrecht und damit zu deren Verbindlichkeit aus: „Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzte fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“⁷⁷. Die Berufsordnung der Ärzte fordert ebenfalls, dass der Arzt bei der Ausübung seiner Aufgaben nach seinem Gewissen und nach den Geboten der ärztlichen Sitte handelt⁷⁸. Den damit postulierten Einfluss auf die verbindlichen Verhaltensnormen des Rechts gewinnt die Arztethik einerseits über Generalklauseln. Daneben machen die Verweisungen in unbestimmten Rechtsbegriffen die Ausfüllung durch ethische Vorgaben möglich⁷⁹. Ein Verstoß gegen die für jeden Arzt optimalerweise aufgrund seines Selbstverständnisses verbindlichen Normen der Ethik wird damit auch rechtlich verfolgbar. Ein gewisser Einfluss der Ethik auf das Recht und zugleich die Absicherung der Ethik durch das Recht ist somit gewährleistet.

II) Richterrechtliche Grundzüge der Arzthaftung

Aus diesem Überblick über die Rechtsgrundlagen des Arzt Haftungsrechts folgt, dass für diese Materie keine spezialgesetzlichen Regelungen existieren. Diese Rechtslage macht es erforderlich, dass die Rechtsprechung ausgehend von den allgemeinen Normen durch richterrechtliche Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung besonderer Grundsätze den Besonderheiten dieser komplexen und sich ständig wandelnden Materie Rechnung trägt. Dieser Notwendigkeit ist die Rechtsprechung nachgekommen und hat vor allem in den letzten Jahrzehnten richterrechtliche Kriterien aufgestellt, die das Arzt Haftungsrecht bis heute prägen. Diese Rechtsfortbildung hat in nahezu allen Bereichen des ärztlichen Haftungsrechts stattgefunden, wobei, abgesehen von den oben ausgeführten Besonderheiten, dieselben Kriterien auf die zivil- und die strafrechtliche Haftung Anwendung finden. Auch an dieser Stelle sollen zu-

⁷⁴ Laufs, NJW 1984, S.1383, 1383; Wortlaut der Eides bei Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2002, S.286, 286.

⁷⁵ Laufs, NJW 1984, S.1383, 1384.

⁷⁶ Hollmann, Aufklärungspflicht, S.13.

⁷⁷ BVerfG NJW 1979, S.1925, 1930.

⁷⁸ Laufs, in: Eser/ Künschner, S.387, 391.

⁷⁹ Laufs, NJW 1984, S.1383, 1383.

nächst zum besseren Verständnis des Folgenden nur Grundzüge dargestellt werden.

1) Vertragsrecht

Der BGH und die übrige Rechtsprechung hat zunächst den Bereich des Vertragsrechts konkretisiert, um so zu eindeutigen Vertrags- und Haftungsschuldnern zu gelangen. Besonderheiten ergeben sich hier besonders bei der Behandlung eines Patienten im Krankenhaus. Man unterscheidet heute den so genannten totalen Krankenhausaufnahmevertrag, bei dem der Krankenhausträger für die umfassende ärztliche und pflegerische Betreuung sowie die Unterbringung und Verpflegung des Patienten zuständig ist⁸⁰. Im Falle eines sogenannten gespaltenen Krankenhaus- und Arztvertrag schuldet der Krankenhausträger dagegen lediglich Unterkunft, Verpflegung und die nachgeordneten ärztlichen Dienste. Mit dem behandelnden Arzt (Belegarzt) schließt der Patient einen zweiten Vertrag über die ärztlichen Leistungen⁸¹.

2) Ärztliche Pflichten

Zu den aus den vertraglichen Verbindungen entspringenden ärztlichen Pflichten ist eine besonders detaillierte Rechtsprechung ergangen. Im Wesentlichen werden zwei Grundtypen der ärztlichen Pflichten unterschieden:

a) Pflicht zur sorgfältigen Behandlung

Zum ersten schuldet jeder Arzt seinem Patienten eine sorgfältige Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Diese Pflicht wurde von der Rechtsprechung durch zahlreiche Einzelpflichten konkretisiert. Es ist beispielsweise Aufgabe des Arztes, den Patienten rechtzeitig und gewissenhaft zu untersuchen, anhand anerkannter Untersuchungsmethoden eine rechtzeitige und sachgemäße Diagnose zu erstellen und dann den Patienten über die gewählte Therapie zu beraten. Falls erforderlich hat er zur Erfüllung dieser Pflichten dem Patienten oder dem Personal die nötigen Verhaltensanweisungen zu erteilen⁸². Im Rahmen der Diagnose hat er auf überflüssige Untersuchungen zu verzichten⁸³. Bei der Wahl der Therapie ist der Arzt im Rahmen des wissenschaftlich Vertretbaren grundsätzlich frei. Kann er zwischen mehreren anerkannten Behandlungs- oder Operationsmethoden wählen oder haben sich noch keine anerkannten Regeln durchgesetzt, so muss er im Zweifel nach dem „Prinzip des sichersten Wegs“ die Heilungschancen gegen die mit der Diagnose und Behandlung verbundenen Risiken abwägen, um im Einvernehmen mit dem Patienten pflichtgemäß wählen zu können⁸⁴. Bei der Vornahme der gewählten Behandlung oder Operation hat der Arzt die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst zu beachten. Falls er erkennt, dass seine eigenen Möglichkeiten zur Diagnose oder Therapie nicht ausreichen, ist es seine Pflicht, entweder den Patienten zu überweisen oder selbst sachkundigen Rat einzuholen⁸⁵. Den Arzt trifft zudem eine Dokumentationspflicht, derzufolge er die von ihm durchgeführte Operation auch bei sogenannten Routineeingriffen in allen wesentlichen Punkten aufzuzeichnen hat⁸⁶. Beim Einsatz technischer Geräte ist der Arzt verpflichtet, sich vor ihrem Einsatz mit der Funktionsweise und den technischen Besonderheiten der Apparatur vertraut zu machen und die Geräte einer vorangehenden, zumindest optischen Kontrolle zu unterzie-

⁸⁰ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 165; Westermann, NJW 1974, S.577, 579.

⁸¹ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 165; Westermann, NJW 1974, S.577, 579.

⁸² Hauberichs, PHi 1998, S.162, 167.

⁸³ Heilmann, NJW 1990, S.1513, 1515.

⁸⁴ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 167.

⁸⁵ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 167.

⁸⁶ Heilmann, NJW 1990, S.1513, 1516.

hen⁸⁷. Hilfspersonen darf der Arzt nur dann mit Aufgaben betrauen, wenn sie dafür ausreichend qualifiziert sind⁸⁸. Eigene Spezialkenntnisse hat der Arzt zum Wohle seines Patienten einzusetzen⁸⁹. Den Arzt trifft gegebenenfalls auch die Pflicht zur postoperativen Behandlung und Beratung⁹⁰. Diese Aufzählung ließe sich nahezu beliebig fortsetzen.

b) Aufklärungspflicht

Die zweite Grundpflicht des Arztes stellt, wie bei den Typen der ärztlichen Pflichtverletzungen bereits angedeutet, die ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten dar. Die Aufklärungspflicht ist im Regelfall eine Hauptpflicht des Arztes⁹¹. Die Rechtsprechung unterscheidet verschiedene Arten der Aufklärung.

Bei der Selbstbestimmungs- oder Eingriffsaufklärung muss der Arzt den Patienten über Wesen, Risiken, Alternativen und zu erwartende Neben- oder Folgewirkungen der bevorstehenden Behandlung aufklären, um ihm die Entscheidung über die Vornahme oder Nichtvornahme der Behandlung zu ermöglichen. Der Patient soll Bedeutung und Tragweite der geplanten Maßnahme erkennen und damit die Vor- und Nachteile verständlich abwägen können. Dabei sind Art und Umfang der Aufklärung von Bildung, Erfahrung und Verhalten des Patienten abhängig. Das Maß der Aufklärung bestimmt sich einerseits nach der Sicherheit des Heilungserfolges, der Dringlichkeit der Maßnahme und der medizinischen Notwendigkeit der Maßnahme und andererseits nach der Schwere der Schadensfolge im Falle der Risikoverwirklichung und danach, ob die Risiken für eine verständige Person in der Situation des konkreten Patienten von Bedeutung sind⁹². Die Risikoaufklärung soll dem Patienten die Risiken der Maßnahme, wie etwa die Möglichkeit des Fehlschlagens oder auch mögliche Nebenwirkungen und sonstige Gefahren der Therapie, deutlich machen. Der Umfang dieser Aufklärung ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig⁹³. Im Rahmen der so genannten Verlaufsaufklärung müssen dem Patienten in einer für einen Laien verständlichen Art und Weise Art, Umfang und Durchführung des Eingriffs in groben Zügen aufgezeigt werden⁹⁴. Die Aufklärung darf nur bei der Gefahr eines schweren körperlichen oder seelischen Schadens unterbleiben⁹⁵.

Gegenstand der Diagnoseaufklärung ist die Mitteilung des Befunds als solchen, so weit er nicht für die Behandlungs- oder Risikoaufklärung erforderlich ist. Sie hat nur dann zu erfolgen, wenn der Patient ausdrücklich danach fragt oder wenn erkennbar die Entscheidung des Patienten von der Kenntnis seines Zustandes oder der voraussichtlichen Entwicklung abhängt⁹⁶. Die so genannte nachwirkende Aufklärung hat zum Inhalt, wie sich der Patient nach der Behandlung verhalten soll, um mögliche negative Auswirkungen der Behandlung zu vermeiden⁹⁷.

Die letzte Art der Aufklärung ist die Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung, durch die der Arzt den Patienten zur Sicherung des Heilerfolgs zu therapiegerechtem Verhalten anleiten soll. Diese Pflicht ist jedoch nur Nebenpflicht des Behand-

⁸⁷ Heilmann, NJW 1990, S.1513, 1515.

⁸⁸ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 167.

⁸⁹ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 167.

⁹⁰ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 167.

⁹¹ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 169.

⁹² Hauberichs, PHi 1998, S.162, 168.

⁹³ Deutsch/ Matthies, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.74; Hauberichs, PHi 1998, S.162, 168.

⁹⁴ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 168.

⁹⁵ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 168.

⁹⁶ Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage, S.238.

⁹⁷ Deutsch, NJW 1980, S.1305, 1306.

lungsvertrages⁹⁸. Fehler im Bereich dieser Aufklärung werden zu den Behandlungsfehlern und nicht zu den Aufklärungsfehlern gerechnet⁹⁹.

3) Beweisrecht

Auch das Beweisrecht im Rahmen der prozessualen Geltendmachung von Arzthaftpflichtansprüchen ist richterrechtlich geprägt und auf die Besonderheiten dieser Rechtsmaterie abgestimmt. Grundsätzlich trägt der Patient die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Da hierdurch leicht Nachteile zu Lasten der Patienten entstehen können, weil dieser nur schlechten oder gar keinen Einblick in die Behandlungsabläufe hat und ihm das nötige Fachwissen fehlt, hat die Rechtsprechung durch eine Vielzahl von Beweiserleichterungen die Lage der Patienten zu verbessern und damit die verfassungsrechtlich gebotene Waffengleichheit zu gewährleisten versucht. So ist beispielsweise durch die Bejahung des Anscheinsbeweises in manchen Fällen das Beweismaß herabgesetzt¹⁰⁰. Beim groben Behandlungsfehler tritt eine Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr ein¹⁰¹. Eine vollständige Beweislastumkehr findet bei schuldhafter Vereitelung der Beweisführung etwa durch Vernichten von Beweismitteln oder die Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht statt¹⁰². Beweiserleichterungen bis hin zur vollen Beweislastumkehr werden außerdem angenommen, wenn der Arzt voll beherrschbare Nebenpflichten, insbesondere die zur Gewährleistung technischer Voraussetzungen für eine sachgemäße und gefahrlose Behandlung, verletzt¹⁰³. Auch bei fehlerhaftem Erheben von Diagnose- und Kontrollbefunden treten Beweiserleichterungen ein¹⁰⁴. Außerdem sind Sonderregeln in Bezug auf die Beweislast anzuwenden, wenn das Risiko der Behandlung durch die Operation durch einen Anfänger erhöht oder ein Fehler im Organisationsbereich eingetreten ist¹⁰⁵. Eine generelle Beweislastumkehr zugunsten des Patienten lehnt die Rechtsprechung mit der Begründung ab, ärztliche Eingriffe könnten nicht wie gewöhnliche Dienstleistungen beurteilt werden, da Zwischenfälle, die in der Regel auf ärztliches Fehlverhalten hindeuteten, in vielen Fällen infolge der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus auch einmal ausnahmsweise schicksalhaft eintreten können¹⁰⁶.

III) Rechtsfolgen der ärztlichen Pflichtverletzung

Es finden aber nicht nur die Haftungs- und Strafbarkeitsvoraussetzungen des allgemeinen Rechts, sondern auch die damit verbundenen Rechtsfolgen auf die ärztlichen Pflichtverletzungen Anwendung.

1) Zivilrechtliche Rechtsfolgen

a) Schadensersatz

Im Rahmen der vertraglichen und der deliktischen Haftung ist zunächst der gesamte materielle Schaden zu ersetzen, entweder durch Wiederherstellung der Gesundheit nach § 249 Absatz 1 BGB oder durch den für eine Heilbehandlung erforderlichen Geldbetrag gemäß § 249 Absatz 2 Satz 1 BGB. Die Höhe des Betrages hängt davon ab, welche Behandlung medizinisch geboten ist¹⁰⁷. Der Ersatzanspruch umfasst

⁹⁸ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 169.

⁹⁹ Weißbauer, Bayer.ÄBl 1980, S.455, 455.

¹⁰⁰ Hauberichs, PHi 1998, S.240, 241.

¹⁰¹ Hauberichs, PHi 1998, S.240, 241.

¹⁰² Giesen, Jura 1981, S.10, 22.

¹⁰³ Giesen, Jura 1981, S.10, 23.

¹⁰⁴ Heilmann, NJW 1990, S.1513, 1520.

¹⁰⁵ Heilmann, NJW 1990, S.1513, 1520.

¹⁰⁶ BGH VersR 1978, S.542, 543; vgl. Giesen, Jura 1981, S.10, 21.

¹⁰⁷ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 170, 171.

sämtliche Nachteile für die körperliche und gesundheitliche Befindlichkeit, nicht jedoch gesundheitliche Störungen, die als Teil des allgemeinen Lebensrisikos erscheinen. Erfasst sind also alle Heilungs- und Pflegekosten sowie die Aufwendungen, die durch den Besuch naher Angehöriger im Krankenhaus entstehen¹⁰⁸. Der Schaden wird mittels der Differenzhypothese durch einen Vergleich des Vermögens vor und nach dem schuldhaft verletzenden Ereignis ermittelt¹⁰⁹. Der Geschädigte kann zusätzlich nach § 252 Satz 1 BGB Ersatz seines Verdienstaufschlags verlangen¹¹⁰. Im Rahmen der deliktischen Haftung außerdem ersatzpflichtig ist der Schaden durch die Erhöhung der Bedürfnisse des Geschädigten (§§ 843 Absatz 1 BGB, 1325, 1326 BGB) und der Schaden, der durch die Minderung des Erwerbs oder sonstige Erschwerung des beruflichen Fortkommens (§§ 842 BGB, 1325) entsteht¹¹¹. Der Schadensersatzanspruch setzt das tatsächliche Bestehen eines Schadens voraus. Eine Gewährung fiktiver Schadensposten lehnt die Rechtsprechung ab¹¹².

b) Schmerzensgeld

Bis zur Reform des Schuldrechts bestand neben diesem allgemeinen Schadensersatzanspruch nur im Rahmen der deliktischen Ansprüche ein Anspruch auf Ersatz von immateriellen Schäden, da nur hier § 847 BGB a.F. Anwendung fand. Mit Wegfall des § 847 BGB a.F. und Neufassung des § 253 BGB wurde der Schmerzensgeldanspruch jedoch auch auf die vertraglichen Haftungsfälle erstreckt. Diesem Anspruch kommt in erster Linie Ausgleichsfunktion zu. Nur bei schwerem Verschulden, also etwa grober Fahrlässigkeit, hat er auch eine Genugtuungsfunktion¹¹³. Die Schmerzensgeldsummen sind abhängig von Art und Schwere der Verletzung. In der Regel wird ein Kapitalbetrag gezahlt, bei schweren Dauerschäden kann eine Rente dazukommen oder an dessen Stelle treten¹¹⁴. Ersatzfähig sind körperliche Schmerzen, Störungen oder der Verlust von Körperfunktionen, psychische Beeinträchtigungen, Einbußen an Lebensfreude und Lebensqualität sowie die Minderung der Lebenserwartung aufgrund der erlittenen Verletzung¹¹⁵.

2) Strafrechtliche Rechtsfolgen

Auch im Strafrecht treten bei einem vorwerfbaren ärztlichen Behandlungsfehler die allgemeinen Rechtsfolgen ein.

a) Geldstrafe und Freiheitsstrafe

Sowohl im Falle der fahrlässigen (§ 229 StGB) als auch im Falle der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 223 Absatz 1 StGB) sowie im Falle der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) kommen grundsätzlich sowohl Geld- als auch Freiheitsstrafe in Betracht. Dennoch wird bei einer Körperverletzung im Regelfall auf eine Geldstrafe erkannt. Bei der fahrlässigen Tötung kommt dagegen nur bei leichten Fehlern, die jedem Arzt einmal unterlaufen können, eine Geldstrafe in Betracht. Bei groben Fehlern oder sogar leichtsinnigem Verhalten ist mit einer Freiheitsstrafe zu rechnen, die jedoch im Regelfall zur Bewährung ausgesetzt wird, allerdings mit hohen Geldbußen als Bewährungsaufgabe¹¹⁶.

¹⁰⁸ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.36.

¹⁰⁹ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.212.

¹¹⁰ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 170, 171.

¹¹¹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.36.

¹¹² Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.44.

¹¹³ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 171.

¹¹⁴ Hauberichs, PHi 1998, S.162, 171.

¹¹⁵ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.42.

¹¹⁶ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.550.

b) Berufsverbot

Neben Geld- und Freiheitsstrafe kommt im Strafrecht als Maßregel das Berufsverbot nach § 70 StGB in Betracht, wenn der Angeklagte die Tat unter Missbrauch seines Berufs oder grober Pflichtverletzung begangen hat, und die Gefahr besteht, dass er bei fortgesetzter Ausübung seines Berufs weitere derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Eine grobe Pflichtverletzung ist dann anzunehmen, wenn die betreffende Pflicht in besonders schwerem Maße verletzt wird oder wenn gegen eine besonders wichtige Pflicht verstoßen wird. Diese müsste allerdings „in“ und nicht nur „gelegentlich“ seiner Berufsausübung verwirklicht werden. Es können aber bei wiederholten Behandlungsfehlern sogar fahrlässige Pflichtverstöße für ein Berufsverbot ausreichend sein. Eine bloße Wiederholungsmöglichkeit ist dabei allerdings nicht ausreichend, die Rechtsverletzung muss vielmehr mit Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden können¹¹⁷. Sollten dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass die Maßregel zusammen mit dem Strafausspruch im Urteil angeordnet werden wird, kann sogar schon während des Ermittlungsverfahrens ein Berufsverbot verhängt werden (§ 132 a StPO)¹¹⁸. Das strafrechtliche Berufsverbot untersagt nur die Berufsausübung als solche, lässt die Approbation aber fortbestehen¹¹⁹.

c) Bedeutung der Strafverfahren

Die Quote der Verurteilungen nach diesen Normen in arztstrafrechtlichen Verfahren liegt deutlich unter 10 %. Dennoch darf die Bedeutung der Strafverfahren gegen Ärzte nicht unterschätzt werden. Grund hierfür sind aber nicht in erster Linie die als Maßregel oder Strafe auferlegten Folgen des Strafverfahrens oder die im Rahmen der Einstellung angeordneten Auflagen. So wurde nach den Erfahrungen eines in diesem Bereich tätigen Anwalts die Einstellung gegen die Zahlung eines Bußgeldes für Summen zwischen 500 DM und 150.000 DM ausgesprochen, abhängig vom Nettoeinkommen des Beschuldigten und der Schwere des Fehlers¹²⁰. Kam es zu einer Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung, so lagen die ausschließlich verhängten Geldstrafen zwischen 30 und 90 Tagessätzen¹²¹. In den Fällen einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung wurde entweder eine Geldstrafe in der Höhe zwischen 60 und 200 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe mit Bewährung zwischen sechs Monaten und einem Jahr verhängt¹²².

Viel gravierender als diese verhältnismäßig milden Strafen sind für Ärzte die im Zusammenhang mit einem Strafverfahren eintretenden, nicht ausdrücklich von staatlicher Seite verhängten und nicht messbaren Folgen, die sich nicht nur in Bezug auf den Ruf sondern auch in Bezug auf die Existenz der Betroffenen bemerkbar machen. Gerade bei einer so auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Tätigkeit wie der des Arztes kann schon allein die Einleitung eines Strafverfahrens zu besonders gravierenden Folgen führen. So bleiben Ärzte, gegen die während einer Bewerbung nur ein Ermittlungsverfahren anhängig ist, in den meisten Fällen aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen. Zum Teil werden auch Kündigungen allein wegen des Verdachts eines Kunstfehlers ausgesprochen¹²³. Zudem wirkt sich die Anhängigkeit eines Verfahrens auf den seinem Ehrenkodex verpflichteten Arzt häufig in Form eines solchen physischen oder psychischen Drucks aus, dass die Ärzte entweder vor jeder Übernahme von Verantwortung in der Zukunft zurückschrecken oder sogar innerhalb der medizinischen Fächer zu einem solchen wechseln, das nach allge-

¹¹⁷ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.554, 555.

¹¹⁸ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.556.

¹¹⁹ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.556.

¹²⁰ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208, 209.

¹²¹ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 209.

¹²² Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 209.

¹²³ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 209.

meinen Erfahrungen weniger risikoträchtig ist¹²⁴. Somit kann schon ein bloßes Ermittlungsverfahren zu einer starken Beeinträchtigung des betroffenen Arztes und sogar zu einer Gefährdung seiner Existenz führen. Um so mehr sind diese Folgen bei einer tatsächlichen Anklageerhebung mit anschließender Hauptverhandlung zu erwarten¹²⁵. Selbst wenn keine Verurteilung erfolgt, besteht doch die Gefahr, dass allein das Hineingeraten in ein solches Verfahren den Ruf des Arztes beschädigt oder schlimmsten Falls zerstört. Dazu trägt besonders die öffentliche durchgeführte und sich meist über mehrere Tage erstreckende Hauptverhandlung mit ihrer „Prangerwirkung“ und der sich immer wieder bewahrheitende Grundsatz „Semper aliquid haeret“ bei¹²⁶.

3) Sonstige Rechtsfolgen

Neben diesen allgemeinen Rechtsfolgen bestehen spezielle Sanktionsmöglichkeiten für ärztliche Pflichtverletzungen.

a) Standesrechtliche Folgen

Das Standesrecht stellt in erster Linie ein präventives Ordnungsinstrument dar, das dazu dient, die richtige Erfüllung der Berufspflichten zu gewährleisten und die Integrität und das Ansehen des Berufsstandes zu wahren. Es soll dagegen nicht wie das Strafrecht die Allgemeinheit vor Taten schützen, die einen erheblichen Grad an Gemeingefährlichkeit aufweisen¹²⁷. Ärztliche Pflichtverletzungen, die zugleich Verstöße gegen die Berufspflichten darstellen, können deshalb auch von den Berufsgerichten geahndet werden, die aufgrund landesgesetzlicher Regelungen in allen Bundesländern eingerichtet und damit Teil der staatlichen Gerichtsbarkeit sind¹²⁸. Das Berufsgericht ist grundsätzlich an Entscheidungen des Strafgerichts oder der Staatsanwaltschaft nicht gebunden¹²⁹. Die Berufsgerichte haben das Recht, Warnungen, Verweise und die Aberkennung der Mitgliedschaft in den Kammerorganen und des Berufswahlrechts auszusprechen oder Geldbußen zu verhängen, die als besondere Missbilligung strafrechtliche Sanktionen ergänzen können. Die Berufsgerichte besitzen allerdings nicht die Kompetenz, die Berufspraxis zu untersagen, da insofern die Vorschriften der Bundesärzteordnung vorrangig sind¹³⁰. In einigen Bundesländern können die Berufsgerichte aber als schwerste Strafe die Feststellung treffen, dass der Beschuldigte der Ausübung seines Berufes als Arzt unwürdig sei. Diese stellt zwar nur eine moralische Verurteilung und keine rechtliche Hinderung an der Ausübung des Berufs dar. Sie kann aber existenzgefährdend werden, da sie den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigt¹³¹.

Die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens setzt ein Berufsvergehen voraus. Der Arzt muss also die ihm obliegenden Berufspflichten verletzt und damit eine berufsunwürdige Handlung begangen haben. Eine solche ist anzunehmen, wenn das Verhalten, ohne notwendig Straftat sein zu müssen, Auswirkungen auf das Ansehen des ärztlichen Berufs haben kann oder das öffentliche Bild des Arztes in Misskredit gebracht hat¹³². Nach Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Maßnahme des Berufsgerichts nur möglich, wenn ein vom Strafgericht nicht erfasster, sogenannter berufsrechtlicher Überhang festgestellt werden kann, das heißt wenn der Betroffene in beson-

¹²⁴ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 209.

¹²⁵ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 209.

¹²⁶ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 210.

¹²⁷ Zielinska, MedR 1990, S.313, 314.

¹²⁸ Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.46; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.557.

¹²⁹ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.146.

¹³⁰ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.144.

¹³¹ Zielinska, MedR 1990, S.313, 318.

¹³² Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.558.

derem Maße zur Erfüllung seiner beruflichen Pflichten angehalten oder das Ansehen des ärztlichen Berufsstandes gewahrt werden muss¹³³. Ein solcher berufsrechtlicher Überhang ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das Fehlverhalten des Arztes den Kernbereich der ärztlichen Pflichten berührt¹³⁴. Ein Behandlungsfehler kann nur bei krassem Fehlverhalten, Leichtfertigkeit und Leichtsinn mit Todesfolge oder schweren körperlichen Verletzungen eine Berufspflichtverletzung darstellen¹³⁵.

b) Widerruf der Approbation

Sollte sich aus der Verfehlung des Arztes die „Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs“ (§§ 5 Absatz 1 und 2, 6 Absatz 1 Nr.1 BÄO) ergeben, so kann dies zum Widerruf oder zum Ruhen der Approbation führen¹³⁶. Die „Unwürdigkeit“ ist anzunehmen, wenn der Betroffene durch sein Verhalten das für die Berufsausübung unabdingbar nötige Ansehen und Vertrauen verloren hat¹³⁷. Die Annahme der „Unzuverlässigkeit“ setzt voraus, dass der Arzt keine Gewähr für die zukünftige gewissenhafte Pflichterfüllung bietet¹³⁸. Zur Feststellung dieser Tatsache ist nicht nur auf das berufsspezifische Fehlverhalten, sondern auch auf den außerberuflichen Lebensbereich abzustellen¹³⁹. Folge des Widerrufs oder der Rücknahme der Approbation ist die Aufhebung des Rechtsstatus als Arzt, die des Ruhens ein nur vorübergehendes, aber vollständiges Berufsausübungsverbot¹⁴⁰. Die Approbationsbehörde kann dabei an die Entscheidung des Strafgerichts gebunden sein, wenn dieses alle für eine berufliche Maßnahme in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte geprüft und die entscheidenden Erwägungen im Kern vorweggenommen hat¹⁴¹. Liegt Berufsunwürdigkeit vor, so ist die Behörde verpflichtet, die Approbation zu widerrufen¹⁴².

c) Entzug der Kassenzulassung

Im Falle einer Straftat kann auch der Entzug der Kassenzulassung durch den Zulassungsausschuss wegen gröblicher Verletzung der kassenärztlichen Pflichten oder mangels persönlicher Eignung (§ 95 Absatz 6 SGB V i.V.m. den jeweiligen Zulassungsordnungen) oder ein Disziplinarverfahren vor der kassenärztlichen Vereinigung drohen (§ 81 Absatz 5 SGB V i.V.m. den jeweiligen Disziplinarordnungen der Kassenärztlichen Vereinigung). Eine strafgerichtliche Verurteilung ist hierfür nicht Voraussetzung¹⁴³. Für den Entzug der Kassenzulassung muss aber eine schwerwiegende Verletzung ärztlicher Berufspflichten vorliegen, wegen deren Art und Schwere das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und der Kassenärztlichen Vereinigung oder den Krankenkassen so nachhaltig gestört ist, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht denkbar erscheint¹⁴⁴. Für eine Disziplinarmaßnahme muss ein disziplinarischer Überhang bestehen. Ein solcher ist bei einem Behandlungsfehler regelmäßig zu verneinen, da dieser den Zweck des Disziplinarverfahrens, Verstöße gegen das Vertragsarztrecht zu verhindern, nicht berührt¹⁴⁵.

¹³³ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.559.

¹³⁴ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.561.

¹³⁵ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.562.

¹³⁶ Zielinska, MedR 1990, S.313, 318.

¹³⁷ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.253; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.563.

¹³⁸ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.253; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.564.

¹³⁹ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.564.

¹⁴⁰ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.255.

¹⁴¹ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.89.

¹⁴² Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.565.

¹⁴³ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.567.

¹⁴⁴ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.567, 568.

¹⁴⁵ Quaas/ Zuck, Medizinrecht, S.435; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3. Auflage, S.569.

C) Allgemeine Tendenzen der Behandlungsfehlerhaftung

I) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe

Da das Arzthaftungsrecht Richterrecht ist, ist eine entsprechende Anzahl von Verfahren unabdingbare Voraussetzung für eine rasche Weiterentwicklung. Die Zahl der Arzthaftungsprozesse in Deutschland steigt ständig an¹⁴⁶. Dabei ergingen bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs nur wenige Entscheidungen in Arzthaftungssachen. Nach dem Zweiten Weltkrieg begann die Zahl der Arzthaftungsprozesse stetig und immer stärker anzusteigen¹⁴⁷. Besonders in den letzten dreißig Jahren ist eine extreme Steigerung der Verfahren zu verzeichnen¹⁴⁸, die schließlich zu einer unübersehbaren Zahl an Entscheidungen geführt hat. Diese Entwicklung ging so weit, dass der momentane Rechtszustand nach der Einschätzung einiger Autoren anfängt, Züge des angelsächsischen „Case-Law“ zu tragen¹⁴⁹.

II) Ursachen für diese Entwicklung

Die Ursachen für diese Entwicklung sind sehr vielfältig und auf die sich wandelnden Umstände in der allgemeinen gesellschaftlichen und medizinischen Entwicklung zurückzuführen.

1) Neues Selbstverständnis der Patienten und veränderte Arzt-Patienten-Beziehung

In früheren Zeiten pflegten die Menschen ihre Krankheiten als Schicksal hinzunehmen und ihrem Arzt irrationales Vertrauen entgegen zu bringen¹⁵⁰. Dieser unbedingte Glaube in die Ärzte ist geschwunden.¹⁵¹ Die Menschen wurden selbstbewusster und mündiger¹⁵², und ein schwindendes Obrigkeitsdenken ließ sie in allen Lebensbereichen ein Mitspracherecht fordern¹⁵³. Der Verlust absoluter Autoritäten, der Abbau gesellschaftlicher Standesunterschiede und die zunehmende Rationalisierung in der Medizin, haben die „Halbgötter in Weiß“ in normale Berufstätige verwandelt, die nicht mehr als unfehlbar gesehen und deren Behandlungsmethoden kritisch hinterfragt werden¹⁵⁴.

Zudem ist in der Bevölkerung ein genereller Anstieg des Anspruchsdenkens zu verzeichnen. Dieses wurde im medizinischen Bereich durch eine Ausweitung der Systeme sozialer Sicherheit und dem damit verbundenen hohen Standard der gesundheitlichen Versorgung besonders stark¹⁵⁵. Es äußert sich in Bezug auf das Arztrecht dahingehend, dass eine schicksalhafte Entwicklung der Gesundheit nicht mehr hingenommen, sondern nach einem „Schuldigen“ gesucht wird, von dem man finanziellen Ausgleich verlangen kann¹⁵⁶. Dieses Anspruchsdenken wird ergänzt durch immer mehr um sich greifende Konsumdenken, das im Bereich der Medizin zunehmend dazu führt, dass Gesundheit als käufliches Gut, als die vom Arzt geschuldete vertragliche Leistung gesehen wird¹⁵⁷.

¹⁴⁶ Kim, Aufklärungspflicht, S.30; Spann, Justitia, S.57.

¹⁴⁷ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.15; Kim, Aufklärungspflicht, S.13.

¹⁴⁸ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.84.

¹⁴⁹ Helbron, Arzthaftung, S.18; Rehborn, MDR 1999, S.1169, 1169.

¹⁵⁰ Helbron, Arzthaftung, S.15.

¹⁵¹ Helbron, Arzthaftung, S.17.

¹⁵² Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁵³ Raabe/ Vogel, Medizin und Rechtsprechung, S.24.

¹⁵⁴ Helbron, Arzthaftung, S.17; Katzenmeier, Arzthaftung, S.28, 29.

¹⁵⁵ Katzenmeier, Arzthaftung, S.24.

¹⁵⁶ Raabe/ Vogel, Medizin und Rechtsprechung, S.24; Schlund, VersR 1994, S.657, 658.

¹⁵⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, S.26.

Die Hemmschwelle, gegen den behandelnden Arzt Schadensersatzansprüche geltend zu machen, wird auch dadurch immer mehr gesenkt, dass mit dem wachsenden Fortschritt, der Apparatedizin und der zunehmenden Hektik in immer größeren Kliniken die Unpersönlichkeit der Behandlung wächst¹⁵⁸. Das Bild des Arztes und sein Verhältnis zum Patienten hat sich außerdem nicht zuletzt durch die Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 1883 verändert¹⁵⁹. Durch sie wurde zum einen im Verhältnis Arzt-Patient die Krankenkasse oder die Kassenärztliche Vereinigung zwischengeschaltet und damit das einst bestehende persönliche Band geschwächt¹⁶⁰. Zum anderen ist der Arzt im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung auf der einen Seite der Solidargemeinschaft und ihren begrenzten Mitteln, auf der anderen Seite aber auch dem Patienten und seinem individuellen Situation verpflichtet. Die dadurch unvermeidliche Konfliktsituation trägt deutlich dazu bei, das Vertrauen des Patienten in den Arzt, der ursprünglich nur seinem Wohl verpflichtet war, zu beschädigen¹⁶¹. Zusätzlich tritt durch die zunehmenden Regelungen der Ausbildung, der Weiterbildung, der Organisation, der Vergütung und die Einwirkung der zivil- und strafrechtlichen Haftung auf das Arzt-Patienten-Verhältnis eine immer stärkere Verrechtlichung eines Bereichs ein, der früher im wesentlichen durch die Regeln der Standesethik und blindes Vertrauen bestimmt wurde¹⁶². Durch diese teilweise sehr weitgehende rechtliche Einkleidung wird die zwischenmenschliche Beziehung zwischen Arzt und Patient immer mehr zu einer reinen Geschäftsbeziehung, bei der die Leistung des Arztes und nicht seine Person im Vordergrund steht. Das Vertrauen wird durch das Urteil einer dritten Instanz ersetzt¹⁶³. Außerdem trägt die sensationslüsterne und häufig einseitige und negative Berichterstattung in den Medien als weiterer Faktor dazu bei, ein verzerrtes, negatives Bild der Ärzteschaft entstehen lassen, das von „Patientenschutzbünden“ und „Vereinigungen zur Bekämpfung ärztlicher Kunstfehler“ verstärkt und verbreitet wird¹⁶⁴.

2) Zunehmende Fortschritte in der Medizin

Die steigende Zahl an Arzthaftungsfällen ist aber in verschiedener Hinsicht auch durch den zunehmenden und immer schnelleren Fortschritt in der Medizin bedingt. Die Hochleistungsmedizin und die Technik gelangen nämlich auf einen immer höheren, vor einigen Jahrzehnten noch unvorstellbaren Stand, der immer differenziertere Untersuchungs- und Therapiemethoden ermöglicht¹⁶⁵. Dadurch wird der Eindruck erweckt, es müsse für jede Krankheit eine Erfolg versprechende Therapie geben und in der Gesellschaft ein entsprechendes Anspruchsdenken hervorgerufen¹⁶⁶. Verstärkt wird ein derartiges Denken zusätzlich etwa durch die von der World Health Organization gegebenen Definition von Gesundheit als „Zustand vollkommenen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens“¹⁶⁷.

Mit den erhöhten Möglichkeiten im Behandlungsbereich sind daneben zugleich erhöhte Risiken schädlicher Nebenwirkungen und Operationsfolgen verbunden, und das Vorstoßen der Medizin in immer neue Bereiche ermöglicht erst das Eintreten von Fehlern auch da, wo früher nicht einmal an eine Behandlung gedacht werden

¹⁵⁸ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.1; Ehlers, Aufklärung, S.3; Helbron, Arzthaftung, S.17.

¹⁵⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.17, 19.

¹⁶⁰ Katzenmeier, Arzthaftung, S.18.

¹⁶¹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.19, 23.

¹⁶² Katzenmeier, Arzthaftung, S.30, 32.

¹⁶³ Katzenmeier, Arzthaftung, S.36, 37.

¹⁶⁴ Franzki, MedR 1994, S.171, 172.

¹⁶⁵ Schlund, VersR 1994, S.657, 658.

¹⁶⁶ Helbron, Arzthaftung, S.17; Mirtsching/ Weyers, JuS 1980, S.317, 317.

¹⁶⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, S.25.

konnte¹⁶⁸. Auch aus der an sich so hilfreichen Arbeitsteilung und Spezialisierung können Ursachen für eine steigende Zahl von Haftungsfällen folgen. Die einzelnen Fachgebiete werden immer enger, und die Spezialisten verlieren zunehmend den Überblick, so dass angesichts der Vielschichtigkeit zahlreicher Erkrankungen unter Umständen einzelne Aspekte bei der Behandlung durch nur einen Spezialisten unbeachtet bleiben können¹⁶⁹.

Aber auch die zunehmende Bedeutung der Naturwissenschaft in der Medizin und ein veränderter Krankheitsbegriff seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts trugen zum Anstieg der Haftungsfälle bei. Nach diesem veränderten Krankheitsbegriff wurden subjektive, nicht messbare Lebensumstände bei der Behandlung zunehmend außer Acht gelassen. Nur objektiv feststellbare und mit naturwissenschaftlichen Mitteln nachweisbare Funktionsstörungen wurden als Krankheit anerkannt¹⁷⁰. Damit kamen psychologische Einfühlung, soziale Zuwendung und menschliche Solidarität des Arztes häufig zu kurz. Gerade diese Behandlungsaspekte sind aber vor allem bei schweren oder lang dauernden Erkrankungen als Voraussetzung einer ganzheitlichen Analyse und Therapie und damit für die Erzielung von Behandlungserfolgen in besonderen Fällen manchmal dringend erforderlich¹⁷¹.

3) Sonstige Faktoren

Es ist außerdem ein genereller Anstieg der Konfliktbereitschaft zu verzeichnen¹⁷², den die großzügigen Deckungszusagen der Rechtsschutzversicherungen noch verstärken¹⁷³. Auch die zunehmende Spezialisierung in der Anwaltschaft im Bereich der Arzthaftung erleichtert die Durchsetzung der Rechtspositionen und führt damit zu verstärkter Anspruchstellung¹⁷⁴. Nicht zuletzt hat auch die Rechtsprechung selbst ihren Beitrag zur steigenden Zahl der Arzthaftungsfälle geleistet. Sie hat nämlich auf der einen Seite die ärztlichen Pflichten immer weiter fortgebildet und ausdifferenziert, so dass deren Erfüllung für die Ärzteschaft zunehmend schwieriger wird. Auf der anderen Seite hat sie durch Einsichtsrechte und sonstige Erleichterungen der prozessualen Geltendmachung die Situation der Patienten deutlich verbessert und damit durch die erhöhten Erfolgsaussichten deren Klagefreudigkeit gesteigert¹⁷⁵.

Es war somit eine Vielzahl verschiedenster Faktoren, die die Zahl der Arzthaftungsverfahren immer stärker ansteigen ließ.

D) Gegenstand der Darstellung

Nach diesem kurzen Überblick über die Grundlagen und die Bedeutung des Arzthaftungsrechts soll nun im Folgenden untersucht werden, wie sich dieser Rechtsbereich von seinen frühesten Anfängen bis heute entwickelt und verändert hat. Da, wie bereits angedeutet, die Arzthaftung im Laufe der Zeit immer deutlichere Konturen erhalten und schließlich einen explosionsartigen Anstieg genommen hat, werden die betrachteten Zeiträume in ihrer jeweiligen Länge dieser Entwicklung angepasst. Dabei sollen Spezialmaterien wie die Verletzung des Arztgeheimnisses, Fragen der Fortpflanzungsmedizin und der Humangenetik, der Neulandmedizin, der Sterbehilfe, der Transplantationsmedizin sowie der Sektion, die ebenfalls zur Haftung des Arztes

¹⁶⁸ Katzenmeier, Arzthaftung, S.12, 13.

¹⁶⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.14.

¹⁷⁰ Katzenmeier, Arzthaftung, S.15.

¹⁷¹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.16.

¹⁷² Franzki, MedR 1994, S.171, 172.

¹⁷³ Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.989.

¹⁷⁴ Ziegler, JR 2002, S.265, 266.

¹⁷⁵ Franzki, MedR 1994, S.171, 173.

führen können, außer Betracht bleiben, da es sich hierbei nicht um ärztliche Behandlungsfehler handelt.

Teil II: Entwicklung des Arzthaftungsrechts von der Antike bis ins 18. Jahrhundert

A) Arzthaftungsrecht in der Antike

I) Arzthaftung in verschiedenen Rechtsordnungen der Antike

Erste Versuche, ärztliche Behandlungsfehler rechtlich zu erfassen und zu verfolgen, finden sich schon in sehr früher Zeit.

1) Allgemeine Rechtslage in Bezug auf die Arzthaftung

Das Feststellen einer rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für ein Fehlverhalten setzt allerdings eine hinreichend weit entwickelte Medizin voraus, die versucht physiologische Vorgänge zu erkennen und zu beeinflussen¹⁷⁶. Anderenfalls lässt sich gar nicht feststellen, ob das Verhalten des Arztes Ursache für die späteren Gesundheitsschäden war und ob der Misserfolg bei richtiger Behandlung hätte vermieden werden können. Der für das heutige Arzthaftungsrecht unverzichtbare Beweis der Kausalität ist also ohne ein gut ausgeprägtes Maß an Wissen über medizinische Kausalverläufe gar nicht möglich und somit auch die rechtliche Verfolgung ärztlicher Fehlleistungen gar nicht oder doch nur sehr eingeschränkt denkbar¹⁷⁷. Deshalb war bei den meisten Völkern der Antike, die sich den Mächten der Natur mehr oder weniger hilflos ausgeliefert fühlten, die rechtliche Haftung des Arztes nicht sehr ausgeprägt¹⁷⁸. Erst als die Medizin bei den Griechen und den Römern große Fortschritte machte, begann man, sich über die rechtlichen Konsequenzen ärztlicher Fehlleistungen grundsätzliche und nicht nur auf Einzelfälle bezogene Gedanken zu machen¹⁷⁹.

2) Babylonier

Die ersten Vorschriften über die Berufspflichten und die Haftung des Arztes überhaupt finden sich in Altbabylonien in den Gesetzen des Königs Hammurabi (1793-1750 v.Chr.)¹⁸⁰. Dort waren in unmittelbarem Anschluss an die Bestimmungen über die Körperverletzung unter anderem die Gebühren und die Verantwortlichkeit der Ärzte geregelt¹⁸¹. Dabei erfolgte hier, wie im gesamten Gesetzeswerk, keine umfassende, allgemeine Regelung, sondern nur eine Aufzählung einzelner, außergewöhnlicher Rechtsfälle. Deshalb ist nicht abschließend geklärt, ob es sich tatsächlich um ein Gesetzeswerk oder nur um eine Sammlung von Urteilssprüchen des königlichen Gerichts als Richtschnur für künftige Rechtsstreitigkeiten handelte¹⁸². Auch die tatsächliche Bedeutung des Codex für die Rechtsprechung ist nicht bekannt¹⁸³.

Der Wortlaut der Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Arztes war folgender:

¹⁷⁶ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 391.

¹⁷⁷ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 391.

¹⁷⁸ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 390.

¹⁷⁹ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 391.

¹⁸⁰ Bäumer, Ärztegesetzgebung, S.13; Kehr, Kunstfehler, S.32.

¹⁸¹ Bäumer, Ärztegesetzgebung, S.14.

¹⁸² v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 393.

¹⁸³ Krähe, Kunstfehler, S.20.

„§ 218: Wenn ein Arzt einem Bürger eine schwere Wunde mit einem Operationsmesser beibringt und den Tod des Bürgers herbeiführt, oder wenn er eine Schläfe des Bürgers mit einem Operationsmesser öffnet und das Auge des Bürgers zerstört, so soll man ihm eine Hand abschneiden.

§219: Wenn ein Arzt einem Sklaven eines Palastangehörigen eine schwere Wunde mit einem Operationsmesser beibringt und seinen Tod herbeiführt, so soll er Sklaven um Sklaven ersetzen.

§220: Wenn ein Arzt seine Schläfe mit einem Operationsmesser öffnet und sein Auge zerstört, so soll er Geld in der Höhe der Hälfte seines Kaufpreises zahlen.“¹⁸⁴

Mit dem in den Normen angesprochenen Eingriff war wohl eine Staroperation gemeint¹⁸⁵. Die Regelungen galten in erster Linie für Chirurgen, da nur sie Eingriffe mit Hilfe von Messern vornahmen¹⁸⁶. Innere Krankheiten wurden zur damaligen Zeit vor allem noch durch die Beschwörungsmedizin der Priester behandelt, die für das Ergebnis ihrer magischen Behandlungen nicht zur Verantwortung gezogen wurden. Die daneben ebenfalls schon tätigen internistischen Ärzte hafteten aufgrund ihrer priesterähnlichen Stellung ebenfalls nicht für Misserfolge ihrer Behandlungen. Zudem war dieser Bereich der Medizin noch so wenig erforscht und beherrschbar, dass das Zuweisen von Verantwortlichkeit im Falle eines Misslingens nicht zu rechtfertigen gewesen wäre¹⁸⁷. In Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen ist beachtlich, dass weder eine Sorgfaltswidrigkeit, noch ein Verschulden Voraussetzung dafür war, dass der Arzt seinen Vergütungsanspruch verlor und Genugtuung durch eine Strafe oder Geldbuße leisten musste¹⁸⁸. Diese reine Erfolgshaftung rührte wohl daher, dass bei einem negativen Erfolg die Vermutung für die Fehlerhaftigkeit der Behandlung oder die Übernahme eines nicht voll beherrschbaren Risikos unterstellt wurde¹⁸⁹. Rechtsdogmatisch fällt auf, dass der ärztliche Heileingriff mit einem Messer als Körperverletzung gesehen wurde, wenngleich er trotz Regelung im Zusammenhang mit den Körperverletzungsdelikten durch eine Sonderregelung etwas abgehoben wurde¹⁹⁰. Die je nach der sozialen Stellung des Verletzten unterschiedlichen Rechtsfolgen lassen sich damit erklären, dass schon zu dieser Zeit der Sklave nur als Sache behandelt wurde und ihm deshalb kein eigener Vergeltungsanspruch zuerkannt wurde. Die Bestimmungen bei Tötung oder Verletzung eines Sklaven sollten den Vermögensschaden des Eigentümers ausgleichen. Die Strafe bei Verletzung des Freien sollte dazu dienen, den Arzt von weiteren Schaden stiftenden Eingriffen abzuhalten¹⁹¹.

3) Ägypter

Die Ägypter hatten bereits im 3. Jahrtausend vor Christus große Fortschritte auf dem Gebiet der Medizin gemacht und verfügten über ein großes empirisches Wissen beim Diagnostizieren. Auch begannen sie, gewisse Gesetzmäßigkeiten zu erkennen, so dass neben die freilich noch verbreitete magische Medizin auch eine rationale Vorgehensweise trat. Ägyptische Ärzte waren deshalb weithin anerkannt¹⁹². Überlieferungen zu den Rechtsfolgen einer fehlerhaften Behandlung liegen jedoch nur sehr spärlich vor. Ausführungen über eine Schadensersatzpflicht fehlen ganz¹⁹³. Über die strafrechtliche Verantwortung der Ärzte teilt einzig Diodor (um 60

¹⁸⁴ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 392; Haase, Keilschriftliche Rechtssammlungen, S.52, 53.

¹⁸⁵ Schmökel, Orion 1960, S.169, 170.

¹⁸⁶ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.3.

¹⁸⁷ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 393, 394.

¹⁸⁸ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 395.

¹⁸⁹ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 395.

¹⁹⁰ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 395.

¹⁹¹ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 396.

¹⁹² v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 396, 397.

¹⁹³ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 397.

v.Chr.) mit: „ Die Ärzte sind bei ihrer Tätigkeit an ein schriftlich festgelegtes Gesetz gebunden, das von vielen bedeutenden Ärzten aus früher Zeit her stammt. Halten sie sich nun an die entsprechenden Regeln, die sie einem heiligen Buch entnehmen, so sind sie nicht zu belangen und gehen straffrei aus, falls sie etwa den Erkrankten nicht retten können. Handeln sie aber diesen zuwider, so werden sie eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt. Denn der Gesetzgeber war der Ansicht, niemand könne vermöge seines Verstandes etwa jenen Heilmethoden überlegen sein, die aus alter Zeit überkommen und von den besten Vertretern ihres Faches angewandt worden seien.“¹⁹⁴ Die Strafbarkeit war somit lediglich vom Befolgen oder nicht Befolgen der aufgezeichneten Regeln, nicht aber von Erfolg oder Misserfolg der Behandlung abhängig¹⁹⁵. Auch war der Grad des Abweichens unerheblich¹⁹⁶.

4) Inder

Auch bei den Indern hatte die Medizin einen hohen Standard erreicht und unredliche Ärzte und Betrüger wurden allgemein verachtet. Die Ärzte mussten einen dem hippokratischen Eid vergleichbaren Schwur leisten. Es gab zudem Regelungen über die Bezahlung und Behandlungsfehler wurden bestraft¹⁹⁷. So wurde beispielsweise in einem Gesetz festgelegt, dass ein Arzt, der unrichtig verfährt, bei Tieren die niedrigste und bei Menschen die „mittlere Strafe“ zahlen sollte. Diese Bestimmung wurde später dahingehend ergänzt, dass er bei der falschen Behandlung königlicher Beamten die „höchste Strafe“ zahlen sollte¹⁹⁸. Einzelheiten sind aber nicht bekannt.

5) Chinesen

Nach altem chinesischem Recht zogen Erfolglosigkeit oder Misserfolg einer Heilbehandlung keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach sich. Dafür wurden aber wohl strenge Strafen in diesem Fall verhängt¹⁹⁹. In der Geschichte der Chinesen wird nämlich von vielen Fällen berichtet, in denen die Ärzte bei Erfolglosigkeit oder Misserfolg ihrer Behandlungsversuche an hochgestellten Persönlichkeiten hingerichtet wurden²⁰⁰. Nähere Erkenntnisse fehlen auch hier.

6) Jüdisches Recht

Auch das altjüdische Recht enthielt zum Teil verschiedene Normen über Verantwortlichkeit und Haftpflicht des Arztes²⁰¹. Dabei sind im Wesentlichen zwei Gesetzeswerke aus der Zeit um 200 n. Chr. überliefert, von denen das eine, die sogenannte Tosefta, Aussagen über die Verantwortlichkeit des Arztes traf²⁰². Nach ihr sollte ein Arzt, der mit Erlaubnis der Behörden heilte und dabei einem Kranken schadete, straffrei bleiben, wenn es aus Irrtum geschehen war. Hatte er jedoch aus Vorsatz gehandelt, so sollte er strafbar sein. Hatte er aus Fahrlässigkeit den Kranken mehr als zur Heilung nötig verwundet, so war er strafbar und musste beispielsweise seinen Sklaven ohne Lösegeld freilassen, wenn sein Auge statt geheilt zu werden durch die Behandlung erblindete²⁰³. Nach der Tosefta, die aus dem biblischen Recht abgeleitet worden war, blieb somit der chirurgische Eingriff trotz Erfül-

¹⁹⁴ v.Authenrieth, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549, 552; v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 397.

¹⁹⁵ Kalisch, Kunstfehler, S.32.

¹⁹⁶ Skalley, Erfolgszurechnung, S.5.

¹⁹⁷ Bäumer, Ärztegesetzgebung, S.14.

¹⁹⁸ Preuss, MMW 1902, S.5, 5.

¹⁹⁹ v.Authenriet, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549, 557.

²⁰⁰ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.4.

²⁰¹ Bäumer, Ärztegesetzgebung, S.15.

²⁰² Preuss, MMW 1902, S.5, 5.

²⁰³ Preuss, MMW 1902, S.5, 5.

lung der Körperverletzungsmerkmale an sich straffrei. Der Arzt hegte nach dem damaligen Verständnis nämlich zwar „Vorsatz gegen seinen Nächsten“, ihn zu verletzen und zu schneiden, aber keinen bösen Vorsatz, so dass ihm die Todesstrafe erspart blieb. Sollte aber der Tod eines Menschen Folge der Behandlung gewesen sein, ohne dass der Arzt die Absicht gehabt hatte, dem Patienten zu schaden, so musste er in die Verbannung gehen²⁰⁴. Alle diese Vorschriften galten jedoch nur für den approbierten Arzt. Andere Heilkundige oder Betrüger wurden nach dem allgemeinen Recht behandelt und mussten auch für einen Schaden, der auf einem Irrtum beruhte, haften²⁰⁵.

Nach einer anderen Gesetzesstele sollte der Arzt bei Irrtum ebenfalls von der Verantwortung vor einem irdischen Gericht frei bleiben, aber „sein Gericht bleibe dem Himmel aufbewahrt“²⁰⁶.

7) Westgoten

Teilweise überliefert ist auch die Rechtslage nach dem Gesetz der Westgoten, der Lex Romana Visigothorum, von 506 n.Chr.²⁰⁷. Sie beinhaltete folgende Regelung: „Hat ein Arzt einen Kranken nach Vereinbarung und unter Sicherheitsleistung übernommen, so soll er den Kranken zur Gesundheit zurückführen. Wenn der Tod eintritt, soll er die vereinbarte Entschädigung nicht fordern und kein Teil soll daraus klagen können.“²⁰⁸. Demnach blieb der Arzt im Falle eines unverschuldeten Tods des Patienten zwar frei von Haftung, verlor aber auch den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung²⁰⁹.

Die andere überlieferte Regelung mit strafrechtlichem Charakter lautet: „Wenn ein Arzt einem Freien bei der Ausführung des Aderlasses Schaden zugefügt hat, so soll er gezwungen werden, 150 Solidi zu bezahlen. Wenn der Patient aber gestorben ist, so soll jener sofort den Verwandten übergeben werden, so dass diese die Gewalt haben, mit ihm zu machen, was sie wollen. Wenn er aber einen Sklaven beschädigt oder getötet hat, so soll er durch einen Sklaven derselben Art Ersatz leisten.“²¹⁰. Auch hier ist somit nur die Erfolgshaftung in einem ganz bestimmten Fall geregelt.

8) Ostgoten

Von den Ostgoten ist nur eine einzige Vorschrift aus der Zeit von Theoderich dem Großen (471-526 n. Chr.) überliefert, die gleichlautend mit der zitierten Vorschrift der Westgoten bestimmte, dass ein Arzt, der durch ein Versehen beim Aderlassen einen Menschen getötet hatte, dessen Verwandten ausgeliefert werden sollte, die dann über ihn verfügen konnten²¹¹.

9) Griechen

a) Verschiedenste Rechtszeugnisse

Obwohl die Griechen wie die Ägypter und Chinesen auf dem Gebiet der Medizin Großes geleistet haben, scheinen sie ein ärztliches Haftungsrecht nicht gekannt zu haben²¹². Bei der Untersuchung der Rechtslage ist zu beachten, dass im 5. und 4. Jahrhundert vor Christus kein einheitliches griechisches Recht existierte. Vielmehr

²⁰⁴ Preuss, MMW 1902, S.5, 6.

²⁰⁵ Preuss, MMW 1902, S.5, 6.

²⁰⁶ Preuss, MMW 1902, S.5, 5.

²⁰⁷ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 409; Krähe, Kunstfehler, S.23.

²⁰⁸ Wohlhaupter, Westgoten, S.291.

²⁰⁹ Levy, Weströmisches Vulgarrecht, S.279.

²¹⁰ Bäumer, Ärztegesetzgebung, S. 28, 29.

²¹¹ Carstensen, in: FS Deutsch, S.505, 506; Jung, Arzt und Patient, S.46.

²¹² v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 397.

erließ jeder einzelne Staat sein eigenes Zivil- und Strafrecht, so dass die jeweils örtlich geltenden Gesetze auch für die Haftung der Ärzte maßgeblich waren²¹³. Die Rechtsquellen der damaligen Zeit sind nur teilweise überliefert. Allerdings kann man durch eine Sammlung der Werke von zehn attischen Rednern einen gewissen Einblick in das attische Recht gewinnen. Auch wenn diese Reden nicht immer das tatsächlich geltende, sondern unter Umständen auch ein fingiertes Recht wiedergaben, so vermitteln sie zumindest doch einen Eindruck von den Rechtsanschauungen der damaligen Zeit²¹⁴. Dasselbe gilt in Bezug auf die Werke und Aussagen einiger zeitgenössischer Schriftsteller.

b) Haftung des Arztes?

Auf der Grundlage dieser Quellen ergibt sich folgendes Bild von der Haftung der Ärzte im alten Griechenland: Gegenstand einer Rede, die Antiphon aus dem 5. Jahrhundert v.Chr. zugeschrieben wird, war der Tod eines Mannes, der bei einer Schlägerei verwundet wurde und dann starb, weil er von einem Arzt unsachgemäß behandelt worden war. Der Arzt blieb trotzdem straffrei. Daraus kann man folgern, dass der Arzt bei der Ausübung seiner Tätigkeit nach attischer Rechtsauffassung wohl nicht wie jeder andere Täter angesehen worden sein dürfte, weil er sonst als Mörder hätte bestraft werden müssen²¹⁵. Dasselbe Ergebnis folgt aus dem 9. Buch von Platons Gesetzen aus der Mitte des 4. Jahrhunderts v.Chr. Hier heißt es, der Arzt solle nach dem Gesetz straffrei bleiben, wenn einer seiner Patienten sterbe, sofern der Arzt ohne Vorsatz gehandelt habe²¹⁶. Ein weiteres literarisches Zeugnis des attischen Komödiendichters Philemon aus der ersten Hälfte des 3. Jahrhunderts weist in dieselbe Richtung. Der Autor beklagte, es sei allein dem Arzt und dem Rechtsanwalt erlaubt, zu töten, ohne selbst umgebracht zu werden,²¹⁷. Nach einem etwas allgemeineren Zitat aus einer Schrift des sogenannten Corpus Hippocraticum wurde als Grund für das Versagen schlechter Ärzte die Tatsache angeführt, es sei in den griechischen Städten über die Heilkunst als einzige unter den Künsten allein ein schlechter Ruf als Strafe verhängt²¹⁸. Alle diese Überlieferung sprechen also für eine Straffreiheit des Arztes und es lassen sich keine Anhaltspunkte finden, dass auf rechtlichem Wege versucht worden wäre, die Ärzte zur Einhaltung ihrer Sorgfaltspflichten zu zwingen²¹⁹. Auch Rechtsnormen zur Schadensersatzpflicht sind nicht überliefert²²⁰.

Es gibt aber auch Quellen, in denen zumindest angedeutet wird, dass dem Arzt Schuld zugemessen werden konnte. Zum einen wurde in einer „Schrift über die Heilige Krankheit“ bemängelt, manche Ärzte hätten die sogenannte Heilige Krankheit für heilig erklärt, um bei günstigem Behandlungsausgang Ruhm zu erwerben und beim Tod des Patienten den Willen der Götter als Verteidigungsmöglichkeit zu haben²²¹. Zum anderen ist im sogenannten „Prognostikon“ der Hinweis zu finden, der Arzt müsse dann keine Beschuldigungen fürchten, wenn er im Voraus erkenne und voraussage, wer sterben und wer am Leben bleiben werde. Aus beiden Schriften wird also deutlich, dass der Arzt auch mit Beschuldigungen rechnen und sich unter

²¹³ Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 2.

²¹⁴ Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 2, 3.

²¹⁵ Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 3; Preuss, *MMW* 1902, S.5, 5.

²¹⁶ Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 4; Preuss, *MMW* 1902, S.5, 5.

²¹⁷ Amundsen, *Journal of the History of Medicine* 1977, S.172, 173; Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 4; Preuss, *MMW* 1902, S.5, 5.

²¹⁸ Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 4.

²¹⁹ Neuburger/ Pagel; *Handbuch*, S.731; Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 5.

²²⁰ v.Gerlach, in: *FS Geiß*, S.389, 397.

²²¹ Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 5.

Umständen verteidigen musste²²². Von diesen vagen Andeutungen auf eine tatsächliche Strafbarkeit des Arztes zu schließen, ginge aber wohl zu weit.

Zu der Annahme einer Verantwortlichkeit der Ärzte könnten aber die Ausführungen Amundsens führen. Er kommt nach rechtlicher Analyse der Situation bei den Tötungsdelikten zu dem Schluss, dass die Strafverfolgung eines Arztes wegen fehlerhafter Behandlung auch ohne ein Spezialgesetz über ärztliche Behandlungsfehler im griechischen Rechtsraum durchaus denkbar gewesen sei. Er meint nämlich, der Arzt hätte wie jeder andere Mensch auch wegen Totschlags angeklagt werden können, und zwar je nach den Umständen des Einzelfalls wegen Vorsatz oder Fahrlässigkeit²²³. Wenn der Patient gegen den Willen des Arztes verstorben war, hätte dem Arzt unter Umständen aber dann der anerkannte Rechtfertigungsgrund zur Seite gestanden, dass ein Arzt nach den Grundsätzen über gerechtfertigte Fälle des Totschlags straffrei zu bleiben hatte²²⁴.

Diese These ist zwar nicht gänzlich undenkbar, zumal ja auch heute eine Strafbarkeit des Arztes ohne Spezialvorschriften eintreten kann. Aber selbst wenn man ihr folgen wollte, dürfte die Strafflosigkeit der Ärzte das tatsächliche Ergebnis in der Rechtswirklichkeit geblieben sein. Ein Vorsatz dürfte den Ärzten nämlich sowohl aufgrund allgemeiner Beweisschwierigkeiten in Bezug auf subjektive Elemente als auch wegen fehlender absolut sicherer Erkenntnisse in der Medizin der damaligen Zeit kaum nachweisbar gewesen sein. Somit hätte in den überwiegenden Fällen sowieso der oben genannte Rechtfertigungsgrund des fehlenden Vorsatzes eine Bestrafung verhindert. Auch fehlt jeglicher positive Beweis für die These der Strafbarkeit ärztlicher Behandlungsfehler, da sich in der Überlieferung kein einziger Bericht über einen derartigen Prozess finden lässt²²⁵. Derartige Prozesse hätte aber wohl, auch wenn sie mit einem Freispruch geendet hätten, schon damals die Öffentlichkeit bewegt und wären demzufolge, zumindest in einigen Fällen besonders bekannter Ärzte oder Patienten, auch Gegenstand literarischer Abhandlungen geworden. Gegen die These einer möglichen Strafbarkeit nach allgemeinen Regeln spricht auch, dass dann die eindeutigen, oben zitierten Aussagen der Literaten nicht nachvollziehbar wären. Auch dürfte es in den Augen der Schriftsteller keine Rolle gespielt haben, ob der Arzt aus speziellen oder allgemeinen Vorschriften zur Rechenschaft gezogen werden konnte.

Es kann somit zusammenfassend festgestellt werden, dass die deutlicheren Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Ärzte im alten Griechenland von jeder rechtlichen Verantwortung für Behandlungsfehler frei blieben. Die Griechen haben also wohl eine ärztliche Pflichtverletzung weder zivil- noch strafrechtlich geahndet, sondern lediglich darauf vertraut, der schlechte Ruf als Folge eines Behandlungsfehlers sei Sanktion genug.

II) Arzthaftungsrecht bei den Römern

Auch in Bezug auf die Rechtslage im alten Rom könnte man auf eine ähnliche Situation wie in Griechenland schließen, wollte man der Aussage des Plinius „Medico tantum hominem occidisse impunita summa est“ (nur der Arzt genieße für Menschenmord unbedingte Strafflosigkeit)²²⁶ unbesehen Glauben schenken. Er relativierte diese jedoch schon selbst, indem er mitteilte, Kaiser Claudius habe einem Wundarzt eine hohe Geldbuße auferlegt und ihn nach Gallien verbannt²²⁷. Auch dürfte diese maßlose Übertreibung durch den generellen Hass erklärbar sein, der in Rom

²²² Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1, 6.

²²³ Amundsen, *Journal of the History of Medicine* 1977, S.172, 201.

²²⁴ Amundsen, *Journal of the History of Medicine* 1977, S.172, 181.

²²⁵ Krähe, *Kunstfehler*, S.21.

²²⁶ Preuss, *MMW* 1902, S.5, 5.

²²⁷ Preuss, *MMW* 1902, S.5, 5.

den eindringenden griechischen Ärzten von eingewanderten Bürgern entgegengebracht wurde, die diesen sogar zum Teil unterstellten, sie hätten sich zur Ermordung aller Römer verschworen²²⁸. Somit war eher die Voreingenommenheit des Plinius als die tatsächliche objektive Rechtslage Ursache für seine Aussage. Das römische Recht war im Gegenteil auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts wohl das am deutlichsten ausgeprägte und dasjenige mit den weitreichendsten Folgen für die Nachwelt. Auch die Vielzahl der von den römischen Juristen behandelten Einzelfälle und die Tatsache, dass diese in die Digesten als eine der bedeutendsten Rechtssammlungen aufgenommen wurden, sprechen deutlich für eine praktische Bedeutung der Arzthaftung²²⁹.

1) Soziologischer und rechtlicher Hintergrund

a) Stellung der Ärzte im Rom der Antike

Grundlage für eine solch differenzierte Entwicklung des Haftungsrechts war eine zunehmende Blüte der Medizin im alten Rom. Ursprünglich entfaltete sich die Medizin zwar vor allem in Griechenland, gelangte aber von dort aus schon bald ins römische Reich. Im Jahre 219 v.Chr. ließ sich zum ersten Mal ein griechischer Arzt in Rom nieder²³⁰. Zu Beginn des letzten Jahrhunderts vor Christus waren bereits zahlreiche griechische Ärzte nach Rom gekommen und mit der Gründung der Schule der sogenannten Methodiker begann die eigentliche römische Medizin²³¹. Die griechischen Ärzte wurden von Staats wegen anerkannt und sie erhielten, so sie freie Ausländer waren, das römische Bürgerrecht und die Immunität, also die Freiheit von allen bürgerlichen Lasten²³². Diese Privilegien wurden später auf alle Ärzte des Reiches ausgedehnt²³³ und durch weitere, wie etwa das Korporationsrecht²³⁴ ergänzt. Da der Bedarf an Ärzten stetig stieg, begannen zunehmend auch Römer, diesen Beruf zu ergreifen²³⁵, zunächst allerdings nur Sklaven und Freigelassene²³⁶. Im zweiten Jahrhundert wurden die Privilegien der Ärzte weiter ausgebaut, und die antike Medizin erreichte ihren Höhepunkt²³⁷. Beachtlich ist, dass bereits in der Antike zwischen Chirurgen und den inneren oder klinischen Medizinern unterschieden wurde. Dabei standen die letzteren wegen ihrer rein geistigen Tätigkeit höher im Ansehen als die Chirurgen. Rechtliche Konsequenzen wurden aus der Unterscheidung jedoch nicht gezogen²³⁸.

b) Rechtlicher Hintergrund

Regelungen, aus denen sich die Haftung der Ärzte ableiten ließ, sind zum ersten Mal in den Zwölftafelgesetzen zu finden. Aus späterer Zeit sind Normen aus der Lex Aquilia überliefert, die sich mit allgemeinen Fragen der Verantwortlichkeit befassen²³⁹. Dass diese allgemeinen Normen auf die ärztliche Behandlungsfehlerhaftung Anwendung fanden, zeigen zahlreiche Beispiele für Einzelfälle der Haftung der Ärzte im Corpus iuris²⁴⁰ und in den Digesten²⁴¹. Zuletzt enthielt auch die Lex Cornelia

²²⁸ Preuss, MMW, S.5, 5.

²²⁹ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 408.

²³⁰ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 140.

²³¹ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 140.

²³² Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 140.

²³³ Below, Römisches Recht, S.22.

²³⁴ Below, Römisches Recht, S.30.

²³⁵ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 140.

²³⁶ Below, Römisches Recht, S.12.

²³⁷ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 141.

²³⁸ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 151.

²³⁹ Below, Römisches Recht, S.21.

²⁴⁰ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 157.

²⁴¹ Kehr, Kunstfehler, S.32, 33.

(88v.Chr.) Bestimmungen, nach denen der Arzt zur Rechenschaft gezogen werden konnte²⁴².

2) Zwölftafelgesetze

Das erste Werk, das zumindest in Form allgemeiner Normen Aufschluss über die Verantwortlichkeit der Ärzte bei den Römern gibt, sind die Zwölftafelgesetze aus der Mitte des fünften Jahrhunderts v.Chr.²⁴³. Sie enthalten in der achten Tafel Bestimmungen über unerlaubte Handlungen²⁴⁴.

a) Rechtscharakter

Im Recht der Zwölf Tafeln wurde noch nicht zwischen Schadensersatz und Strafe unterschieden, sondern die Rechtsfolgen vielmehr nach Grundsätzen der ausgleichenden Gerechtigkeit bestimmt²⁴⁵. Sollte an die Stelle der in bestimmten Fällen grundsätzlich angeordneten Talion eine Geldbuße treten, so bildete die strafende Vergeltung einen privaten Anspruch²⁴⁶. Dieser wurde mittels einer privaten Anklage durchgesetzt und hatte die Auslieferung des Beklagten an den Kläger zum Zwecke der privaten Vollstreckung als Gegenstand²⁴⁷. Ein öffentliches Strafrecht existierte zu dieser Zeit noch nicht²⁴⁸.

b) Inhaltliche Bestimmungen

Spezialnormen für die Verantwortlichkeit der Ärzte sind in den Zwölf Tafeln nicht zu finden. Dennoch enthielten sie allgemeine Bestimmungen, die für diesen Bereich von Belang waren.

Die Zwölftafelgesetze unterschieden zwischen der Tötung und der Körperverletzung. Die Tötung freier oder unfreier Personen wurde im Falle absichtlicher Begehung bei Versuch oder Vollendung unter das Mordgesetz subsumiert. Wurde die Tat ohne Absicht, aber mit Verschulden begangen, so war die Tötung des Freien wie des Unfreien bei der Sachbeschädigung geregelt²⁴⁹. Dagegen fiel die mit Absicht begangene oder durch Unvorsicht verursachte Verletzung als Körperverletzung unter den Tatbestand der „iniuria“²⁵⁰. Auch die körperliche Verletzung eines Sklaven wurde zu dieser Zeit noch als Körperverletzung und nicht als Sachbeschädigung gewertet²⁵¹.

Dabei unterfielen aber zunächst wohl sowohl die Sachbeschädigung als auch die Körperverletzung dem Tatbestand der „iniuria“²⁵², während später die aus der Körperverletzung entwickelte Personalverletzung als „iniuria“ und die Sachbeschädigung als „damnum iniuria“ bezeichnet wurde²⁵³. Die Vorschriften der Zwölf Tafeln über die Sachbeschädigung sind nicht überliefert²⁵⁴. Nach späterem Recht war nur noch die absichtliche Rechtsverletzung als Injurie haftungsbegründend²⁵⁵.

Die absichtlichen Tötungen, die nach den Vorschriften über den Mord behandelt wurden, dürften auch damals schon vernachlässigbare Ausnahmen gewesen sein.

²⁴² Below, Römisches Recht, S.22.

²⁴³ Jansen, Haftungsrecht, S.189.

²⁴⁴ Jansen, Haftungsrecht, S.190.

²⁴⁵ Jansen, Haftungsrecht, S.192, 193.

²⁴⁶ Jansen, Haftungsrecht, S.197.

²⁴⁷ Jansen, Haftungsrecht, S.199.

²⁴⁸ Jansen, Haftungsrecht, S.201.

²⁴⁹ Mommsen, Strafrecht, S.790.

²⁵⁰ Mommsen, Strafrecht, S.790.

²⁵¹ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.280.

²⁵² Mommsen, Strafrecht, S.825.

²⁵³ Mommsen, Strafrecht, S.826.

²⁵⁴ Mommsen, Strafrecht, S.826.

²⁵⁵ Mommsen, Strafrecht, S.797.

Die Vorschriften über Sachbeschädigung sind nicht erhalten. Nur in Bezug auf die Körperverletzungen sind die Rechtsfolgen bekannt. Als Rechtsfolge von Körperverletzungen (*membrum ruptum*) war grundsätzlich die Talion angeordnet, die in einigen Fällen durch die Zahlung einer gesetzlich fixierten Buße (*poena*) ersetzt werden konnte²⁵⁶. Im Rahmen der Talion war der Vorbehalt richterlicher Genehmigung zu beachten und Umfang und Inhalt waren auf die verhältnismäßige Vergeltung der erlittenen Verletzung beschränkt²⁵⁷. Bei geringeren Verletzungen war die Talion völlig ausgeschlossen²⁵⁸. Bei Knochenbrüchen betrug die vom Täter zu leistende Geldbuße beispielsweise 300 As, bei folgenlosen Körperverletzungen 25 As²⁵⁹. Weitere Einzelheiten oder Beispielsfälle sind offensichtlich nicht überliefert.

3) Lex Aquilia

Wichtigstes Zeugnis des römischen Haftungsrechts ist die Lex Aquilia (287/ 286 v.Chr.)²⁶⁰.

a) Rechtscharakter

Die Lex Aquilia folgte den Zwölf Tafeln nach. Sie übernahm zwar einige Terminologien, enthielt aber inhaltlich abweichende Bestimmungen. Die Verletzung eines Sklaven beispielsweise stellte statt einer Körperverletzung jetzt eine Sachbeschädigung dar. Die Sachbeschädigungen wurden zudem in größerem Umfang geahndet. Auch trat an die Stelle der festen Geldbußen eine flexible, an den verursachten Schaden anknüpfende Sanktionsbemessung²⁶¹.

Aber nicht nur inhaltlich, sondern auch systematisch war eine Veränderung erfolgt. Die Zahlung eines Geldbetrages (*poena*) war im Rahmen der Lex Aquilia nicht mehr länger nur ein Loskaufgeld zur Vermeidung privater Rache, sondern stellte die unmittelbare Rechtsfolge eines Delikts dar²⁶². Allerdings diente die Haftung auch nach der Lex Aquilia nicht ausschließlich und vor allem nicht in erster Linie dem Ersatz erlittener Schäden, sondern stellte zunächst immer noch auch einen rächenden Ausgleich für subjektives Unrecht dar²⁶³. Dies wird unter anderem durch die Unvererblichkeit des Anspruchs deutlich²⁶⁴. Zudem war die Höhe der Buße vom Prozessverhalten des Schädigers abhängig. Bestritt der Angeklagte nämlich die Tat, so musste er im Falle einer Verurteilung den doppelten Betrag zahlen (*Litikreszenz*)²⁶⁵. Allerdings hat im Zuge der Weiterentwicklung der Normen die wirtschaftliche Wiedergutmachung des erlittenen Schadens aus Sicht der Kläger zunehmende Bedeutung erlangt²⁶⁶, so dass schließlich beide Zwecke als gleich bedeutsam angesehen wurden²⁶⁷.

b) Tatbestand und Rechtsfolgen

Die Lex Aquilia enthielt drei Kapitel, von denen das erste und das dritte für die Verantwortlichkeit der Ärzte von belang waren. Das erste Kapitel handelte vom „occidere“ (Erschlagen) fremder Sklaven oder vierfüßiger Herdentiere. Die Rechtsfolge war die Zahlung einer Buße in Höhe des Höchstwertes, den die Sache während des

²⁵⁶ Jansen, Haftungsrecht, S.190; Kaser, Römisches Privatrecht, S.160.

²⁵⁷ Jansen, Haftungsrecht, S.193.

²⁵⁸ v. Bar, Strafrecht, S.9.

²⁵⁹ Wittmann, Körperverletzung, S.115.

²⁶⁰ Jansen, Haftungsrecht, S.203.

²⁶¹ Jansen, Haftungsrecht, S.204.

²⁶² Jansen, Haftungsrecht, S.205.

²⁶³ Jansen, Haftungsrecht, S.207.

²⁶⁴ Jansen, Haftungsrecht, S.209.

²⁶⁵ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.11; Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.271.

²⁶⁶ Jansen, Haftungsrecht, S.210.

²⁶⁷ Jansen, Haftungsrecht, S.187.

letzten Jahres einmal hatte²⁶⁸. Das dritte Kapitel sollte alle Vermögensgüter gegen fremde Einwirkungen in Form von „urere“ (Brennen), „frangere“ (Brechen) oder „rumpere“ (Zerreißen, Verstümmeln) schützen. Die Sanktion bestand hier in einer Buße, die dem Höchstwert der Sache innerhalb der letzten 30 Tage nach der Tat entsprach²⁶⁹. Der Wortlaut der Vorschriften war folgender:

Erstes Kapitel: „Wenn jemand einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin oder ein vierfüßiges Herdentier widerrechtlich getötet hat, soll er verpflichtet sein, dem Eigentümer so viel Geld zu geben, wie die Sache in diesem Jahr maximal wert gewesen ist“²⁷⁰.

Drittes Kapitel: „Wenn jemand einem anderen an anderen Sachen- abgesehen von der Tötung eines Sklaven oder Herdentiers- dadurch Schaden zugefügt hat, dass er sie widerrechtlich verbrannt, zerbrochen oder zerrissen hat, soll er verpflichtet sein, dem Eigentümer so viel Geld zu geben, wie die Sache in den vorhergehenden dreißig Tagen wert war“²⁷¹.

Im Bereich des Tatbestandes wurden anfangs „occidere“, „urere“, „frangere“ und „rumpere“ eng verstanden, so dass weder indirekte Einwirkungen, noch Unterlassen tatbestandsmäßig sein sollten²⁷². In Bezug auf die ärztliche Behandlung wurden darunter etwa das Herbeiführen des Todes durch eine unsachgemäße Operation oder das Verabreichen einer schädlichen Arznei verstanden²⁷³.

Auffällig ist, dass Erwägungen im Bereich der Kausalität, also, ob die Schädigung auch ohne den Fehler des Arztes eingetreten wäre, bei den Römern nicht zu finden sind. Sie haben wohl bei Vorliegen eines Kunstfehlers die Kausalität einfach vermutet oder unterstellt, da das medizinische Wissen der damaligen Zeit anderes noch nicht zuließ²⁷⁴.

Da Ersatzansprüche ausschließlich bei der Beschädigung von Vermögensgegenständen gewährt wurden, war Voraussetzung für ein Eingreifen der Haftung nach dem Wortlaut ferner, dass ein Sklave Gegenstand der Behandlung war²⁷⁵. Zur Klage berechtigt war dementsprechend nur der zivile Eigentümer²⁷⁶. War der verletzende Eingriff dagegen am Körper eines Freien erfolgt, der nach der damaligen Vorstellung keine Schätzung in Geld zuließ, so bestand auch kein deliktischer Anspruch. Der freie Bürger hatte im Falle der Verletzung seines eigenen Körpers einen Ersatzanspruch nur aufgrund des Behandlungsvertrages (locatio conductio), der ihm sonst bei Verletzung eines seiner Sklaven neben dem deliktischen Anspruch gewährt wurde²⁷⁷. Dies hatte zur Konsequenz, dass freie, aber arme Bürger, die keinen entgeltlichen Vertrag mit dem Arzt abschlossen, überhaupt keinen Anspruch im Falle eines Behandlungsfehlers besaßen²⁷⁸. Ein Vertrag fehlte in solchen Fällen deshalb, weil Bedürftige durch beamtete Ärzte behandelt wurden, die öffentlich und nicht von ihren Patienten besoldet wurden²⁷⁹.

Da die Römer keine reine Erfolgshaftung kannten, war weitere Voraussetzung für die Haftung das Herbeiführen des Erfolges „iniuria“ (zu Unrecht). Diese „iniuria“ umfasste zum einen die Rechtswidrigkeit als objektiven Verstoß gegen die Rechtsord-

²⁶⁸ Below, Römisches Recht, S.110.

²⁶⁹ Below, Römisches Recht, S.110..

²⁷⁰ Bilstein, Schadensersatzrecht, S. 4.

²⁷¹ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.4, 5.

²⁷² Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.281.

²⁷³ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 406.

²⁷⁴ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 407.

²⁷⁵ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 405.

²⁷⁶ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.283.

²⁷⁷ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 405, 406.

²⁷⁸ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 406.

²⁷⁹ Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139, 157.

nung, der nur durch Rechtfertigungsgründe überwunden werden konnte, zum anderen die Schuld in den Formen des „dolus“ (Vorsatz) oder der „culpa“ (Fahrlässigkeit)²⁸⁰. Eine klare Trennung von Rechtswidrigkeit und Verschulden fand bei den klassischen Juristen nicht statt. Sie wurden unter einem zusammenfassenden Begriff geprüft²⁸¹. Als Rechtfertigungsgrund kam schon damals die Einwilligung des Verletzten in Betracht²⁸². Die Fahrlässigkeit wurde damals nach einem objektiven Maßstab, nämlich nach den typischen Kenntnissen und Fähigkeiten des Arztes bestimmt²⁸³. Der Arzt haftete für jede Form der Fahrlässigkeit²⁸⁴.

Nach dem Text der Lex Aquilia musste die Berechnung der Buße nach dem Sachwert der Sache selbst erfolgen. Der entgangene Gewinn wurde nicht ersetzt²⁸⁵.

c) Anwendungsbereich und Weiterentwicklung

Dieser ursprüngliche und anfangs nach dem Wortlaut sehr enge Anwendungsbereich der Lex Aquilia wurde im Laufe der Zeit sowohl im Bereich des Tatbestandes als auch in Bezug auf die Rechtsfolgen immer weiter ausgedehnt.

Im Bereich des Tatbestandes wurde die Beschränkung der Tathandlungen auf direkte Einwirkungen aufgegeben, so dass auch entferntere Ursächlichkeiten die Haftung nach sich ziehen konnten²⁸⁶. Zu diesem Ergebnis kam man entweder durch eine weitere Interpretation des Wortlautes oder durch die Gewährung einer analogen Klagemöglichkeit²⁸⁷. Eine zusätzliche Erweiterung wurde durch die Auslegung der „iniuria“ erreicht, die im Wortlaut der Lex Aquilia nur mit der oben erwähnten Bedeutung enthalten war. Als Teil der diese kennzeichnende „culpa“ (Verschulden) wurde später auch die „imperitia“ (Unerfahrenheit) angesehen, die allerdings zu einer unsachgemäßen Behandlung geführt haben musste²⁸⁸.

Im Bereich der Rechtsfolgen änderte sich die Berechnung des Bußbetrages. Für die Höhe der Buße wurde das „Interesse“ des Geschädigten maßgeblich²⁸⁹. Das subjektive Interesse wurde nun aus der Differenz zwischen dem realen und einem hypothetischen Stand des Gesamtvermögens des Geschädigten und nicht mehr nur nach einer Bilanz des geschädigten Objekts selbst berechnet²⁹⁰. Auch der Kreis der Klageberechtigten wurde mittels einer Analogie zu einer anderen Klageart beispielsweise auf den Pfandgläubiger erweitert²⁹¹.

Die wichtigste und zugleich umstrittenste²⁹² Fortentwicklung der Lex Aquilia bestand in der Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf die Verletzung freier Bürger spätestens seit der Zeit Ulpians²⁹³. Seit der klassischen Zeit war man nämlich, wenn auch anfangs sehr zögerlich und nur in Ausnahmefällen, bis zur Spätantike zunehmend dazu übergegangen, die Lex analog auch auf Freie anzuwenden²⁹⁴. Der Grundsatz, dass Körperschäden bei Freien nicht in Geld messbar seien, wurde aber insofern beibehalten, dass ein Schmerzensgeld nicht in Betracht kam, und nur die aus der Gesundheitsbeschädigung resultierenden Vermögensschäden wie die Hei-

²⁸⁰ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.281, 282.

²⁸¹ Hausmaninger, Schadensersatzrecht, S.19.

²⁸² Hausmaninger, Schadensersatzrecht, S.24.

²⁸³ Hausmaninger, Schadensersatzrecht, S.26.

²⁸⁴ Hefke, Archiv für praktische Rechtswissenschaften NF, 1886, S.113, 146.

²⁸⁵ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.282.

²⁸⁶ Kaser/ Knütel, Privatrecht, S.176.

²⁸⁷ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.281.

²⁸⁸ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 403.

²⁸⁹ Kaser, Römisches Privatrecht, S.621.

²⁹⁰ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.283.

²⁹¹ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.283.

²⁹² Hausmaninger, Schadensersatzrecht, S.32.

²⁹³ Wittmann, Körperverletzung, S.116.

²⁹⁴ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 405.

lungskosten und der Verdienstausschlag ersetzt wurden²⁹⁵. Aus der Lex Aquilia wurde jedoch keine Sanktion für die Tötung eines freien Menschen abgeleitet²⁹⁶.

4) Strafrechtliche Haftung

Aus dem Bereich des schwach und unsystematisch ausgeprägten römischen Strafrechts²⁹⁷ ist als allgemeine Vorschrift, die auch Anwendung auf die Haftung des Arztes für eine Fehlbehandlung fand, nur die Lex Cornelia de iniuriis (88 v.Chr.)²⁹⁸ überliefert.

Erfasst war von diesem Gesetz zunächst nur der durch den Arzt verschuldete, vorsätzliche Tod²⁹⁹. Sollte der Arzt einen Giftmord selbst ausgeführt oder sich zumindest daran beteiligt haben³⁰⁰, so war die Bestrafung in diesem Fall der vorsätzlichen Tötung die Todesstrafe³⁰¹. In der Kaiserzeit erkannte man, dass es Taten gab, die weder eine Bestrafung in voller Härte noch gar keine Ahndung verdienten und so wurde der Anwendungsbereich der Lex erweitert, indem zum „dolus“ (Vorsatz) als weitere mögliche Begehungsform die „culpa“ hinzukam³⁰². Zu der auf diesem Gebiet neuen Schuldform der „culpa“ zählte die Tat im Affekt („impetu“) oder eine solche ohne die gehörige Vorsicht („imprudencia“, „negligentia“). Der Mangel an Vorsicht konnte von einem gewöhnlichen bis hin zur „luxuria“ oder „lascivia“ (Leichtfertigkeit) reichen und die Härte der Bestrafung stand je nach den Umständen im Ermessen des Richters³⁰³. Somit war die Anwendung der Lex auf den Tod eines Menschen ausgedehnt, der durch ein Heilmittel gestorben war, das ihm zur Heilung irrtümlich verabreicht worden war³⁰⁴. Der Tod eines Menschen wurde in diesem Fall nicht als vorsätzlicher Mord, sondern als fahrlässige Tötung angesehen. Auch der Arzt, der aus Unwissenheit handelte, fiel unter diese Norm³⁰⁵. Die strenge Rechtsfolge war allerdings die Verbannung oder die Hinrichtung³⁰⁶. War dem Arzt jedoch weder Leichtsinns noch Unverständlichkeit nachzuweisen, so konnte ihm der trotzdem eingetretene Tod nicht zum Vorwurf gereichen³⁰⁷. Eine Klage nach der Lex Aquilia war in diesem Fall nicht ausgeschlossen³⁰⁸. Später wurden die Rechtsfolgen noch grausamer. So trat zur Verbannung oder Hinrichtung auch die Möglichkeit, bestimmte, besonders niedrig stehende Täter zu kreuzigen, den Tieren vorzuwerfen oder sie bei lebendigem Leib zu verbrennen³⁰⁹.

III) Zusammenfassung

Als Ergebnis zur Arzthaftung in der Antike kann man festhalten, dass es sich, soweit überhaupt eine Verantwortlichkeit der Ärzte nachweisbar ist, in den meisten Fällen lediglich um die Regelung von Einzelfällen handelte. Allgemein gültige Normen für alle möglichen Konstellationen eines ärztlichen Behandlungsfehlers fehlten im Regelfall. Auch waren die Regelungen etwa durch die Annahme einer Erfolgschaftung häufig wenig differenziert. Die Rechtsfolgen muten nach dem heutigen Rechtsver-

²⁹⁵ Below, Römisches Recht, S.121; v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 405.

²⁹⁶ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.7.

²⁹⁷ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.33.

²⁹⁸ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.4.

²⁹⁹ Bäumer, Ärztegesetzgebung, S.22.

³⁰⁰ Below, Römisches Recht, S.122.

³⁰¹ Below, Römisches Recht, S.126.

³⁰² Wilhelm, Criminalrecht, S.417.

³⁰³ Wilhelm, Criminalrecht, S.417.

³⁰⁴ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.4, 5.

³⁰⁵ Wilhelm, Criminalrecht, S.419.

³⁰⁶ Below, Römisches Recht, S.126; Wilhelm, Criminalrecht, S.417.

³⁰⁷ Wilhelm, Criminalrecht, S.419.

³⁰⁸ Wilhelm, Criminalrecht, S.420.

³⁰⁹ Wilhelm, Criminalrecht, S.421.

ständnis zudem in vielen Fällen extrem grausam an, so etwa die Regelung bei den Babyloniern, nach der dem Arzt im Falle eines Misserfolgs an einem Freien unabhängig vom Verschulden die Hand abgeschlagen werden sollte. Auch die Todesstrafe bei den Ägyptern und den Chinesen oder die Verbannung sogar im Falle nur der fahrlässigen Fehlleistung im Jüdischen Recht sind aus heutiger Sicht nicht nachzuvollziehen- besonders dann, wenn man bedenkt, wie schwer es damals aufgrund der geringer ausgeprägten Kenntnisse in der Medizin war, einen Behandlungsfehler zu vermeiden oder überhaupt mit Sicherheit nachzuweisen. Auch die im Römischen Strafrecht getroffenen Regelungen standen ihren Vorläufern an Grausamkeit um nichts nach.

Somit war man in Bezug auf die Haftung der Ärzte aufgrund der teilweise verbreiteten Erfolgshaftung, der häufigen Regelung lediglich von Einzelfällen und der drakonischen Strafen überwiegend von einer übersichtlichen und angemessenen, beiden Seiten gerecht werdenden Lösung noch weit entfernt. Die einzige, dafür aber außerordentlich positiv hervorzuhebende Ausnahme hiervon stellte das Römische Privatrecht mit seinen Regelungen und Fortentwicklungen der Lex Aquilia dar. Durch die Abhängigkeit der Haftung vom Verschulden und durch die flexible, auf den Einzelfall abgestimmte Festsetzung der Schadensersatzsummen waren die Voraussetzungen für eine Haftung geschaffen, die den Interessen der Ärzte und Patienten gleichermaßen gerecht werden konnte. Damit war dieses Haftungsmodell bestens zur Fortentwicklung durch die Nachwelt und nicht zuletzt als Vorbild für die Haftung nach den Vorschriften des viele Jahrhunderte später geschaffenen Bürgerlichen Gesetzbuchs geeignet.

B) Arzthaftungsrecht von der Antike bis ins 18. Jahrhundert

Aus der Zeit zwischen der Antike und dem 18. Jahrhundert sind mit Ausnahme einzelner Rechtsquellen ebenfalls nur wenige Einzelheiten über die Weiterentwicklung des Arzthaftungsrechts überliefert. Wesentliche Faktoren für die Ausbildung des ärztlichen Haftungsrechts waren wie auch schon früher die Stellung und Ausbildung der Ärzte und die rechtlichen Vorgaben als Maßstab für das ärztliche Handeln.

I) Soziologischer und allgemeiner rechtlicher Hintergrund

1) Entwicklung des Arztberufs

Ursprünglich wurde im frühen Mittelalter die Heilkunde vor allem von Geistlichen ausgeübt, bis in der Mitte des 12. Jahrhunderts die Kirche durch das Konzil von Tours (1163) den Geistlichen die ärztliche und insbesondere die chirurgische Tätigkeit untersagte³¹⁰. Man unterschied in Bezug auf die Ausübung der Heilkunde aber unabhängig von der Ausübung durch Geistliche oder Laien seit jeher Internisten und Chirurgen, wobei erstere vor allem über wissenschaftliches und naturkundliches Wissen und letztere über praktische Fertigkeiten verfügen mussten³¹¹. Die Chirurgie wurde vor allem von sogenannten Wundärzten, Barbierchirurgen und Badern ausgeübt³¹². Die Ausbildung beider Arten von Medizinern war völlig verschieden. Der promovierte Internist erhielt seine Ausbildung an der Universität. Die Barbierchirurgen und Bader durchliefen eine Art Handwerkslehre, bei der der Meister sein chirurgisches Können weitergab³¹³. Allein die Internisten genossen ein hohes soziales Ansehen³¹⁴. Diese Spaltung zwischen den beiden Heilberufen blieb bis ins 18. Jahr-

³¹⁰ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 22.

³¹¹ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1001.

³¹² Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 23; Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1002.

³¹³ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 23.

³¹⁴ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 23.

hundert bestehen. Der erste Grund hierfür war, dass es sich nur die höheren Schichten erlauben konnten, die universitär ausgebildeten, teureren Ärzte zu konsultieren. Der Großteil der Bevölkerung aber war arm und deshalb von der Behandlung durch die handwerklich ausgebildeten Wundärzten und herumreisenden Heilkundigen abhängig³¹⁵. Außerdem wurde die Trennung der beiden Berufsgruppen auch durch obrigkeitliche Vorschriften aufrechterhalten, durch die Kompetenzen und Taxen beider Berufsrichtungen genau festgelegt wurden³¹⁶. Nicht zuletzt war die Trennung auch einfach überkommen und selbstverständlich, und eine Änderung hätte eine radikale Neuerung bedeutet, für die man nicht offen war³¹⁷.

Für die Ausübung der Heilkunde durch diese beiden Gruppen von medizinischen Berufen gab es anfangs keinerlei Beschränkungen. Jeder konnte sich sein Wissen nach eigenem Gutdünken verschaffen und, wenn er sich berufen fühlte, mit dem Kurieren beginnen³¹⁸. Nicht gerade zu einer Verbesserung des medizinischen Fortschritts und der Krankenversorgung trug auch die Tatsache bei, dass zur Ausübung der Heilkunde der Doktorbrief jeder Universität berechnete und manche dieser Lehranstalten vor dessen Erlangung sehr geringe Anforderungen stellten. Amtliche Prüfungen existierten anfangs noch nicht³¹⁹. Dem versuchte erstmals Friedrich II. mit einer Verordnung aus dem Jahre 1240 entgegenzuwirken. Danach sollte die Ausbildung der Mediziner nach Dauer und Inhalt geregelt werden und zu einem gelehrten Ärztestand führen, der allein die Heilkunde ausüben sollte³²⁰. Diese Vorstellung ließ sich aufgrund der tatsächlichen Umstände aber noch für mehrere Jahrhunderte nicht in die Tat umsetzen. Für die Ärzte bestand nämlich nur ausnahmsweise in größeren Gemeinwesen die Möglichkeit, ein angemessenes Entgelt für die teure Ausbildung an der Universität zu erhalten³²¹. Auch war der Großteil der Bevölkerung, der noch bis zum 17. Jahrhundert auf dem Lande lebte, in den Kleinstädten und Dörfern mit den aus den Barbierstuben hervorgegangene Ärzten zufrieden oder musste sich damit zufrieden geben³²².

Ein einheitlicher studierter Ärztestand bildete sich erst, als in einer zunehmenden Zahl von Städten und Staaten amtliche Prüfungen eingeführt wurden, so etwa in Brandenburg-Preußen, dessen Bestimmungen nach Gründung des Deutschen Reichs für das ganze Reich Gültigkeit erlangten³²³. Dort wurde durch ein Edikt von 1685 das staatliche Recht festgelegt, die „Permission“ zum Betreiben der ärztlichen Praxis zu erteilen. Erst 1725 wurde durch ein Medizinedikt das Ablegen einer einheitlichen Prüfung vorgeschrieben, wobei zunächst immer noch streng zwischen den approbierten Doktoren der Medizin, die sich allein auf das „innere Kurieren“ beschränken sollten, und den approbierten Chirurgen unterschieden wurde, die sich ausschließlich auf das „äußerliche Kurieren“ konzentrieren sollten³²⁴. Das Einführen einheitlicher Prüfungen und die staatliche Überwachung der Ärzteschaft war Voraussetzung für eine gewisse Qualität und die systematische Weiterentwicklung der medizinischen Erkenntnisse.

2) Allgemeine Rechtsentwicklung seit der Antike

Die rechtlichen Grundlagen als weiterer wesentlicher Faktor des Arzthaftungsrechts waren recht uneinheitlich und im Fluss befindlich. Das römische Recht hatte zwar

³¹⁵ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 25.

³¹⁶ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 25, 26.

³¹⁷ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 26.

³¹⁸ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1002.

³¹⁹ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1003.

³²⁰ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1002.

³²¹ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1002.

³²² Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1003.

³²³ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1003.

³²⁴ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1003.

seit der Antike im ganzen Gebiet des Reichs Karls des Großen bis ins 8. und 9. Jahrhundert fort gegolten, war aber zum Teil stark vulgarisiert und teilweise mit dem einheimischen Recht vermischt worden³²⁵.

Im 11. Jahrhundert begann sich in Bologna ein Kreis von Juristen zu bilden, die das römische Recht vor allem auf der Grundlage der Digesten interpretierten und lehrten. Sie fassten die Rechtsbücher des Justinian unter dem Namen „Corpus iuris civilis“ zusammen und versahen den Grundtext mit Bemerkungen und Worterklärungen am Rand oder zwischen den Zeilen, so genannten Glossen, weshalb sie als Glossatoren bezeichnet wurden³²⁶. Dadurch wurde das Corpus iuris civilis praktisch anwendbar und zur Grundlage für die danach einsetzende Rezeption des römischen Rechts³²⁷. Es bestanden also die wieder entdeckten römischen Rechtsprinzipien und das überkommene germanische Recht zunächst nebeneinander³²⁸. Im 13. Jahrhundert begannen die praktisch ausgerichteten sogenannten Postglossatoren, Kommentatoren oder Konsiliatoren, die Partikularrechte der einzelnen Rechtsgemeinschaften und das Gewohnheitsrecht in die wissenschaftliche Behandlung einzubeziehen. Damit verstärkten sie den praktischen Bezug des römischen Rechts³²⁹. Sie stellten das einheimische Recht, das *ius speciale* (besonderes Recht), im Gegensatz zum römischen Recht, dem *ius commune* (gemeines Recht), dar. Man begann auch, regelrechte Kommentare zu den justinianischen Gesetzbüchern zu verfassen³³⁰. Ihren Schwerpunkt hatte diese Entwicklung zunächst in Italien und kam durch die dort studierenden, gelehrten Juristen im 15. Jahrhundert auch nach Deutschland³³¹. Diese Juristen besetzten Positionen in der Verwaltung und in der Gerichtsbarkeit und richteten sich bei ihrer Tätigkeit nach dem erlernten römischen Recht, so dass allmählich das hier bisher angewandte, zersplitterte und unvollständig aufgezeichnete einheimische Recht verdrängt wurde. Diesen Prozess bezeichnet man als die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland³³².

Zu dieser Verbreitung des römischen Rechts in Deutschland trug ganz wesentlich die Neuordnung des sogenannten Reichskammergerichts im Jahre 1555 bei. Dieses Gericht war vor allem in privatrechtlichen Streitigkeiten oberste Instanz für alle Reichsbewohner, falls nicht die einzelnen Landesfürsten einen eigenen Appellationsgerichtshof eingerichtet hatten. Dieses Reichskammergericht musste nach einem im ganzen Reich geltenden Recht urteilen. Da das einheimische Recht aber unentwickelt, uneinheitlich und zersplittert war, wurde das Recht des römischen Kaisers, des „Reiches gemeines Recht“, also das rezipierte römische Recht, herangezogen³³³. Nach der sogenannten Salvatorischen Klausel sollte zwar bewiesenen und vernünftigen deutschen Rechtsgewohnheiten Vorrang vor dem gemeinen Recht zukommen. Der Rechtsalltag führte jedoch bald aufgrund unüberwindlicher Beweisschwierigkeiten dazu, dass in der Regel das gemeine Recht Anwendung fand³³⁴. Auch die Obergerichte der Länder zogen vielfach das römische Recht dem einheimischen Recht vor³³⁵.

Die Anwendung des römischen Rechts wurde zudem nicht nur durch die Prozessordnungen gefördert, sondern es fand auch materiell als gemeines Recht zusam-

³²⁵ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.105.

³²⁶ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.107.

³²⁷ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.109.

³²⁸ Krähe, Kunstfehler, S.24.

³²⁹ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.60; Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.110.

³³⁰ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.111.

³³¹ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.111.

³³² Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.111.

³³³ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.114.

³³⁴ Schildt, Jura 2003, S.450, 451.

³³⁵ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.193.

men mit einheimischen Regelungen Eingang in einige Stadt- und Landrechte seit dem Ende des 15. Jahrhunderts³³⁶. Ab diesem Zeitpunkt rechtfertigte man die Anwendung des römischen Rechts damit, dass es durch Gerichtsgebrauch (*usu receptum*) angenommen sei. Da dieser Gerichtsgebrauch zunehmend in großem Maß von der einstigen Bedeutung der Quellen abwich, nannte man die vom 16. bis zum 18. Jahrhundert angewandte Version des römischen Rechts „*Usus modernus pandectarum*“ (moderner Gerichtsgebrauch der Pandekten)³³⁷. Er stellte eine Mischung aus einheimischem und gemeinem Recht dar³³⁸. Diese stark im Fluss befindliche, nicht lückenlos überlieferte und teilweise sehr unübersichtliche Rechtslage war somit auch maßgeblich für die Haftung des Arztes seit dem Mittelalter.

II) Rechtliche Grundlagen

Dennoch lassen sich auch einige konkretere Aussagen zu den Grundlagen der zivil- und strafrechtlichen Verantwortung der Ärzte für Behandlungsfehler machen.

1) Zivilrechtliche Haftungslage

a) Entwicklung des Privatrechts

Im älteren deutschen Recht gab es wohl kein geschlossenes deliktsrechtliches System. Im Allgemeinen wurde unter dem Begriff der unerlaubten Handlung, der identisch war mit dem strafrechtlichen Begriff der Missetat, jeder widerrechtliche Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, jede Verletzung eines fremden Rechts oder jeder durch widerrechtliches Verhalten herbeigeführte Schaden gezählt³³⁹. Rechtsfolge war die Verpflichtung zum Schadensersatz³⁴⁰. Im Laufe des 12. und 13. Jahrhunderts wurden zivilrechtliche und strafrechtliche Rechtsfolgen getrennt und die unerlaubte Handlung wurde zu einem eigenen zivilrechtlichen Tatbestand³⁴¹. Dabei blieb das deutsche Privatrecht bis zur Rezeption des Römischen Rechts sehr unvollständig. Es bestand nur aus wenigen Reichsgesetzen, die das Gebiet des Zivilrechts lediglich streiften, und aus allgemeinen Gewohnheitsrechten, die jedoch nicht wissenschaftlich festgehalten oder vereinheitlicht worden waren³⁴². Dazu kamen vereinzelte und lückenhafte Lokalrechte³⁴³. Da sich somit kein einheitliches deutsches Recht bildete³⁴⁴, stellte bald das römische Recht in der rezipierten Form die Hauptquelle für das Privatrecht dar³⁴⁵.

b) Haftung des Arztes im gemeinen Recht

Teil dieses rezipierten Rechts waren auch die Bestimmungen der *Lex Aquilia*³⁴⁶, die den Ausgangspunkt für die Entwicklung im Schadensersatzrecht bildete³⁴⁷. Sie wurde mit der Rezeption Teil des gemeinen Rechts. Da jegliche Anhaltspunkte für spezielle Bestimmungen in Bezug auf die Arzthaftung fehlen, stellte die *Lex Aquilia* wie bei den Römern, allerdings nun in ihrer rezipierten und fortentwickelten Form, die Grundlage für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dar.

³³⁶ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.194.

³³⁷ Liebs, Römisches Recht, 6. Auflage, S.115.

³³⁸ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.63.

³³⁹ Keppmann, Deliktsrecht, S.10, 11.

³⁴⁰ Keppmann, Deliktsrecht, S.11.

³⁴¹ Keppmann, Deliktsrecht, S.12.

³⁴² v.Wächter, Gemeines Recht, S.178.

³⁴³ v.Wächter, Gemeines Recht, S.179.

³⁴⁴ v.Wächter, Gemeines Recht, S.183.

³⁴⁵ v.Wächter, Gemeines Recht, S.185.

³⁴⁶ v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 400.

³⁴⁷ Keppmann, Deliktsrecht, S.13.

Zur Zeit des gemeinen Rechts wurde die Lex Aquilia vor allem durch die juristische Praxis in ihrem Anwendungsbereich immer weiter ausgedehnt und fortentwickelt³⁴⁸. Diese Entwicklung weg vom ursprünglichen Wortlaut und Inhalt ging bis spätestens Ende des 17. Jahrhunderts so weit, dass sich die neue Anwendung vollkommen von der ursprünglichen unterschied³⁴⁹.

Große Bedeutung für die Erweiterung des Anwendungsbereichs hatte die Tatsache, dass die Lex Aquilia seit den Glossatoren völlig unstreitig auch auf die Verletzung Freier angewandt wurde³⁵⁰. Der Ausgleichsanspruch umfasste in diesem Fall den Ersatz der Kur- und Heilungskosten, den Verdienstausschlag und bei dauernder Arbeitsunfähigkeit auch Unterhaltszahlungen³⁵¹. Dieser Ersatzanspruch wurde im völligen Gegensatz zum römischen Rechtsempfinden seit dem 14. Jahrhundert³⁵², spätestens aber im 17. und 18. Jahrhundert³⁵³ sogar auf den Ausgleich immaterieller Schäden ausgedehnt. Hintergrund hierfür war, dass die Rechtslage lokalem Gewohnheitsrecht angepasst werden sollte, das Gewaltopfern eine feste Geldsumme zum Ausgleich zukommen ließ³⁵⁴. Gewährt wurden ein Schmerzensgeld und bei dauerhafter Entstellung ein Entschädigungsanspruch wegen der Erschwerung des beruflichen Fortkommens oder der Vereitelung von Heiratsaussichten bei Frauen³⁵⁵.

Sogar die Tötung freier Menschen wurde schon bald als Anwendungsfall der Lex Aquilia gesehen³⁵⁶. In diesem Fall umfasste der Ersatzanspruch der Erben die Kosten für Behandlung und Pflege des Opfers, die Beerdigungskosten und die Unterhaltsansprüche der zurückbleibenden Ehefrau und der Kinder³⁵⁷.

Das Verschulden sollte nach der erweiterten Anwendung der Lex Aquilia sowohl Vorsatz als auch alle Formen der Fahrlässigkeit beinhalten³⁵⁸. Zudem wurde die Höhe der Ausgleichssumme nicht mehr nach der rückwärts gewandten Frist von einem Jahr im ersten Kapitel oder dreißig Tagen im dritten Kapitel, sondern nach dem Interesse des Geschädigten berechnet, wie es sich nach dem Zustand der Sache zum Zeitpunkt der Schädigung darstellte³⁵⁹. Mit dieser neuen Berechnung des Ausgleichsanspruchs und zusätzlich der Abkehr von der Litikreszenz verloren die Bestimmungen ihren pönalen Charakter³⁶⁰. Lediglich hinsichtlich der Kausalität erfolgten keine Fortentwicklungen³⁶¹.

Diese stetige Fortentwicklung hatte zur Folge, dass die Lex Aquilia schließlich für alle Fälle von Schadensersatzforderungen, egal ob deliktische oder vertragliche, Anwendung fand³⁶². Sie wurde zu einer Generalklausel für jeden Vermögensschaden, auch falls dieser nicht an einer körperlichen Sache eingetreten war³⁶³. Ob diese Entwicklung bereits im Mittelalter statt fand, ist unklar. Sicher ist aber, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die Verallgemeinerungstendenzen immer stärker hervortra-

³⁴⁸ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1018.

³⁴⁹ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1018.

³⁵⁰ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1024.

³⁵¹ Keppmann, Deliktsrecht, S.16.

³⁵² Wieling, Privatstrafe, S.133.

³⁵³ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1026.

³⁵⁴ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1026.

³⁵⁵ Keppmann, Deliktsrecht, S.16.

³⁵⁶ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.13; Wieling, Privatstrafe, S.133; Zimmermann, Obligationenrecht, S.1024, 1025.

³⁵⁷ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.13, 15; Zimmermann, Obligationenrecht, S.1025.

³⁵⁸ Jansen, Haftungsrecht, S.285; Zimmermann, Obligationenrecht, S.1027, 1028.

³⁵⁹ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1019.

³⁶⁰ Zimmermann, Obligationenrecht, S.1019, 1020.

³⁶¹ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.12.

³⁶² Zimmermann, Obligationenrecht, S.1024.

³⁶³ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.15.

ten³⁶⁴. Im 16. und 17. Jahrhundert, also zur Zeit des *usus modernus Pandectarum* wurde sie als allgemeine Deliktsklage auf alle Fälle schuldhafter Schadenszufügung angewandt³⁶⁵.

c) Häufigkeit von Haftpflichtprozessen

Haftpflichtprozesse aus der Zeit bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts sind nur wenige bekannt. Der älteste Bericht stammt aus dem Jahre 1423 und handelt von einer Klage gegen einen Hodenschneider, der bei der Operation den diagnostizierten Blasenstein nicht entfernt hatte³⁶⁶. Einzelheiten sind nicht überliefert.

2) Strafrechtliche Haftungslage

a) Entwicklung des Strafrechts

Auch die Entwicklung des Strafrechts bis ins 18. Jahrhundert lässt sich teilweise nur sehr allgemein verfolgen. Das Strafrecht nach der Karolingerzeit war geprägt durch die Geltung des Gewohnheitsrechts, das aus der Rechtsüberzeugung des Volkes abgeleitet wurde und aufgrund der Rechtsanweisungen der Schöffen Anwendung fand. Dadurch traten die altdeutschen Rechtsanschauungen in den Vordergrund. Die staatliche Strafverfolgung verlor zu Gunsten einer privatrechtlichen Auffassung des Strafrechts immer mehr an Bedeutung, so dass Rechtsfolge einer Straftat die Erhebung einer Klage oder die Abfindung mit dem Täter war³⁶⁷. Auch das mittelalterliche Fehderecht entwickelte sich immer weiter, bis es zwischen dem 11. und dem 16. Jahrhundert durch die Landfrieden wieder beschränkt und schließlich aufgehoben wurde³⁶⁸.

Vom 13. bis ins 16. Jahrhundert dann hatte die zunehmend stärker ausgeprägte Landesherrlichkeit und die immer bedeutendere Stellung der Städte zur Folge, dass das bestehende Recht in Landfrieden und Reichsgesetzen, in Stadt- und Landrechten aufgezeichnet wurde und das Gewohnheitsrecht verdrängte. Gleichzeitig gewann das römische Recht auch auf dem Gebiet des Strafrechts zunehmend an Einfluss in den deutschen Staaten und vermischte sich mit den einheimischen Regelungen³⁶⁹. Inhaltlich wertete das gemeine Recht bis zum Beginn des 18. Jahrhunderts das Verbrechen als rechtswidriges und schuldhaftes menschliches Verhalten. Die Schuld in Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit gewann für die Strafbarkeit an Bedeutung³⁷⁰. Eine fahrlässige Tat galt zwar als strafbar, zog aber als „Quasi-Delikt“ eine mildere Bestrafung nach sich³⁷¹. Das System entwickelte sich auch wieder hin zu einem öffentlichen Strafrecht³⁷².

Aufgrund der immer mehr zunehmenden Kriminalität und der unterschiedlichen Rechtslage in den einzelnen Territorien wurde eine einheitliche, reichsrechtliche Regelung des Strafverfahrens nötig. Diese erfolgte schließlich in der Mitte des 16. Jahrhunderts mit dem Erlass der *Constitutio Criminalis Carolina*, der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V.³⁷³. Damit wurde auch das rezipierte römische Recht manifestiert³⁷⁴.

³⁶⁴ Jansen, Haftungsrecht, S.278, 279.

³⁶⁵ Keppmann, Deliktsrecht, S.14.

³⁶⁶ Carstensen, FS Deutsch, S.505, 506.

³⁶⁷ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.37.

³⁶⁸ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.38.

³⁶⁹ v.Bar, Strafrecht, S.113; v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.39.

³⁷⁰ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.295.

³⁷¹ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.296.

³⁷² v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.39.

³⁷³ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.39, 40.

³⁷⁴ v.Bar, Strafrecht, S.116, 131.

Danach konzentrierte sich die Reichsgesetzgebung im Strafrecht auf die Regelung einiger weniger Handlungen meist polizeilicher Natur. Die Weiterbildung des Strafrechts blieb somit zunächst Aufgabe der Länder, die dieser mit Landesstrafgesetzen aus der zweiten Hälfte des 16. und der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts nachkamen³⁷⁵. Diese Gesetzbücher waren nach Wortlaut und Inhalt unterschiedlich stark an der Carolina orientiert³⁷⁶.

b) Verschiedene Einzelkodifikationen

Es sind nur wenige rechtliche Regelungen aus dieser Zeit so detailliert überliefert, dass sich daraus Rückschlüsse für die Haftung des Arztes ziehen lassen.

aa) Sachsenspiegel

Eines der bekanntesten und im Einzelnen erhaltenen Gesetzeswerke ist der sogenannte Sachsenspiegel, ein von Eike von Repgow um 1230 verfasstes Rechtsbuch³⁷⁷, in dem der Autor seine besondere Aufmerksamkeit dem Strafrecht widmet³⁷⁸. Er beinhaltete aber keine Vorschriften über die Haftung des Arztes³⁷⁹. Überlieferungen darüber, dass die allgemeinen Vorschriften über Körperverletzung oder Tötung auf die Verantwortlichkeit des Arztes angewandt wurden, fehlen.

bb) Klagspiegel

Ein anderes überliefertes Werk ist der um 1436 verfasste und von Sebastian Brant herausgegebene, sogenannte Klagspiegel³⁸⁰. Quelle für dieses Rechtsbuch, das Zivilrecht, Strafrecht und Prozessrecht umfasste, waren die Werke der Glossatoren und Kommentatoren³⁸¹. Hier lassen sich auch Regelungen über die Verantwortlichkeit des Arztes finden.

Eine Bestimmung, in der nicht nur eine Strafschärfung für Ärzte sondern eine Regelung für einen ärztlichen Behandlungsfehler enthalten war, fand sich etwa in Titel 35. Verabreichte ein Arzt einer Frau ein Mittel, das eine Schwangerschaft fördern sollte und trat darauf der Tod der Frau ein, so sollte er für fünf Jahre verbannt werden³⁸². Das Gesetz enthielt außerdem in Titel 157 eine Bestimmung, die den „Unfleiß“ der Ärzte erwähnte, die nach einer Operation die Verordnung von Arzneien vergessen hatten. Sollte deshalb der Tod eingetreten sein, war es unerheblich, dass der Arzt diesen nicht unmittelbar verursacht hat. Der Arzt wurde vielmehr so behandelt, als ob er schon mit Unfleiß, der auch die Unkunst umfasste, operiert hätte³⁸³. Die Pflichtverletzung konnte aber nach dem Rechtsbuch auch darin liegen, dass die ärztliche Handlung aufgrund der Unerfahrenheit des Arztes unverantwortlich war³⁸⁴.

Rechtsfolge der ärztlichen Pflichtverletzung war nach dem Klagspiegel entweder Schadensersatz nach der Lex Aquilia oder das Recht, auf dem Klagewege durchzusetzen, dass der Arzt bestraft wurde³⁸⁵. Tatsächliche Fälle einer Arzthaftung nach diesen Vorschriften sind aber nicht überliefert³⁸⁶.

³⁷⁵ v.Liszt, Strafrecht, 18. Auflage, S.25.

³⁷⁶ v.Liszt, Strafrecht, 18. Auflage, S.26, 27.

³⁷⁷ Krähe, Kunstfehler, S.24.

³⁷⁸ Schroeder, JuS 1998, S.776, 779.

³⁷⁹ Kehr, Kunstfehler, S.37, Fn.34; Krähe, Kunstfehler, S.24.

³⁸⁰ v.Bar, Strafrecht, S.116.

³⁸¹ Deutsch, in: FS Laufs, S.45, 46.

³⁸² Deutsch, in: FS Laufs, S.45, 51.

³⁸³ Kehr, Kunstfehler, S.125.

³⁸⁴ Deutsch, in: FS Laufs, S.45, 54.

³⁸⁵ Kehr, Kunstfehler, S.126.

³⁸⁶ Deutsch, in: FS Laufs, S.45, 70.

cc) Strafrechtliche Landesgesetze

Aus der Zeit seit dem Mittelalter sind weitere Gesetze erhalten. Es handelte sich hierbei vor allem um die Ergebnisse der regen Gesetzgebungstätigkeit der Länder in der zweiten Hälfte des 16. und der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts. Diese Regelwerke waren jedoch zum Teil nicht abschließend, enthielten in erster Linie prozessuale Bestimmungen und widmeten sich dem materiellen Recht nur gelegentlich und dürftig³⁸⁷, so etwa die Wormser Reformation von 1498, die Maximilianische Halsgerichtsordnung für Tirol von 1499 oder die Halsgerichtsordnung der Stadt Radolphzell von 1506³⁸⁸, ebenso die Kursächsischen Konstitutionen in Sachsen von 1572, das Magdeburger Recht aus dem 16. Jahrhundert, das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620 und seine revidierte Fassung von 1685³⁸⁹, die Reformation des bayrischen Landrechts von 1518 und das Landrecht für Ober- und Niederbayern von 1616, das kurpfälzische Landrecht von 1582, die Landrechte von Baden-Baden von 1588 und Baden Durlach von 1654, das württembergische Landrecht von 1610 und die Landordnung von 1621³⁹⁰. Diese Gesetze wurden zum Teil stark von der Carolina beeinflusst³⁹¹. In den übrigen Gebieten wurde die Carolina entweder einfach unverändert abgedruckt oder ihre Geltung angeordnet³⁹². Der Text der Carolina wurde zum Beispiel wiedergegeben in der Kölner Reformation von 1538, in der Hofgerichtsordnung von Pommern von 1566 oder 1564 in Braunschweig-Wolfenbüttel³⁹³. Ihre Anwendung wurde angeordnet etwa in Braunschweig-Lüneburg 1564, in Solms 1571, in Münster 1571, in Butzbach 1578, in Mecklenburg, Holstein und Schleswig³⁹⁴. Andere Gesetzeswerke ergänzten die Carolina, wie etwa die Frankfurter Reformation von 1578 und 1611³⁹⁵ oder das Bayerische Landrecht von 1616³⁹⁶ oder zogen die Carolina ergänzend heran, wie etwa die Edikte in Jülich, Cleve und Berg von 1554³⁹⁷. Es entstanden auch umfassende Strafrechtbücher, die sich an die Carolina anlehnten, so die Halsgerichtsordnung von Hessen von 1535³⁹⁸, das Churpfälzische Landrecht von 1582³⁹⁹, die revidierte Bambergensis von 1580⁴⁰⁰, die Statuten von Hamburg von 1603 oder das Rechtsbuch für die Brandenburg-preußischen Lande 1594⁴⁰¹. Nur in einigen wenigen Territorien galten Gesetzesbücher, die keine Rücksicht auf die Vorschriften der Carolina nahmen, so etwa das Rechtsbuch des Stadt Rottweil von 1546, die Reformation von Worms von 1498 und ihre revidierten Fassungen von 1507, 1509 und 1542⁴⁰². Vereinzelt Gesetzbücher nahmen zwar teilweise Bezug auf die Carolina, griffen aber auch auf ältere Quellen zurück, beispielsweise die Brandenburgica von 1582 oder die Landesordnung von Henneberg von 1539⁴⁰³ sowie die revidierte Tiroler Landesordnung von 1573⁴⁰⁴.

³⁸⁷ v.Bar, Strafrecht, S.117.

³⁸⁸ v.Bar, Strafrecht, S.116.

³⁸⁹ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.45.

³⁹⁰ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.46.

³⁹¹ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.45, 46.

³⁹² v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.46.

³⁹³ v. Wächter, Allgemeines Recht, S.42, 43.

³⁹⁴ v. Wächter, Allgemeines Recht, S.44, 45, 46, 47.

³⁹⁵ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.47.

³⁹⁶ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.48.

³⁹⁷ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.50.

³⁹⁸ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.55.

³⁹⁹ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.56.

⁴⁰⁰ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.62.

⁴⁰¹ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.63, 64.

⁴⁰² v.Wächter, Allgemeines Recht, S.38.

⁴⁰³ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.39, 40.

⁴⁰⁴ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.42.

Einzelheiten über die Verantwortlichkeit des Arztes nach all diesen Vorschriften sind nicht überliefert. Deshalb soll stellvertretend für sie alle nun die Rechtslage nach der bedeutendsten Quelle, der Carolina, untersucht werden. Da die oben genannten Normen fast alle in irgendeiner Weise Bezug auf dieses Werk nahmen, dürfte die tatsächliche Rechtslage sowieso zumindest eine sehr ähnliche gewesen sein.

c) Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.

Die Carolina ist eine der wenigen frühen strafrechtlichen Bestimmungen, die ausdrücklich die Folgen eines ärztlichen Behandlungsfehlers regelten. Sie wurde im Jahre 1532 vom Reichstag in Regensburg als Reichsgesetz beschlossen.

aa) Situation zur Zeit ihres Erlasses

Vor Erlass der Carolina herrschte im Reich zum ersten große Rechtsunsicherheit, bedingt durch die Entwicklung vom Akkussionsprozess hin zum Inquisitionsprozess und zahlreiche Möglichkeiten, der Bestrafung zu entgehen⁴⁰⁵. Deshalb waren feste und allgemein gültige Normen für das Strafverfahren erforderlich⁴⁰⁶.

Zum zweiten bestand in Bezug auf das Gesundheitswesen Handlungsbedarf. So übten, wie bereits dargestellt, die verschiedenen Gruppen der medizinischen Heilberufe ihre Tätigkeit weitgehend ohne staatliche Kontrolle oder Überwachung aus. Es widmeten sich zudem immer mehr verschiedene Berufe zumindest auch der Heilkunst, so etwa die Barbieri, die Scharfrichter und die Hebammen, die meist nur unzureichend ausgebildet waren⁴⁰⁷. Außerdem trieben immer häufiger Scharlatane ihr Unwesen, die über keinerlei medizinische Kenntnisse verfügten⁴⁰⁸. Diese verkauften häufig Tinkturen und Wundermittel, obwohl die Bekämpfung innerer Krankheiten alleinige Aufgabe der studierten Ärzte war⁴⁰⁹. Die Tätigkeit gut ausgebildeter Ärzte konnten sich aber zunehmend nur noch die wohlhabenden Bürger leisten. Die weitesten Teile der Bevölkerung, die nicht in der Lage waren die medizinische Hilfe angemessen zu bezahlen, mussten sich entweder im besseren Fall mit der oberflächlichen Hilfe gut ausgebildeter Ärzte oder im Regelfall mit den Heilversuchen nicht wissenschaftlich geschulter Personen zufrieden geben⁴¹⁰.

Den mit dieser Gesamtsituation unweigerlich verbundenen Missständen versuchte man unter anderem mit staatlicher Aufsicht durch entsprechende Regelungen in der Carolina zu begegnen⁴¹¹.

bb) Quellen und Entwürfe

Wichtigste Quelle der Carolina war die von Freiherr Johann v. Schwarzenberg formulierte und im Jahre 1507 veröffentlichte Halsgerichtsordnung des Fürstentums Bamberg. Sie fasste das rezipierte römische Recht zusammen und verwies bei Unklarheiten auf das von den Schöffen einzuholende Urteil eines Kollegiums von Rechtsgelehrten⁴¹². In einzelnen Bereichen wurde das römische Recht auch entsprechend germanischer Rechtsgedanken abgewandelt. So traten etwa an die Stelle der Freiheitsstrafen die verstümmelnden Strafen des späten Mittelalters⁴¹³. In Artikel 159 der Constitutio Criminalis Bambergensis sollte dem Arzt die Todesstrafe drohen, falls er den Patienten durch den Kunstfehler getötet hatte, im Übrigen aber zumindest Staupenschlag oder Verstümmelung. Sachverständige waren neben die-

⁴⁰⁵ Kehr, Kunstfehler, S.39, 40.

⁴⁰⁶ Kehr, Kunstfehler, S.42.

⁴⁰⁷ Kehr, Kunstfehler, S.44, 46, 47.

⁴⁰⁸ Kehr, Kunstfehler, S.47.

⁴⁰⁹ Krähe, Kunstfehler, S.27.

⁴¹⁰ Kehr, Kunstfehler, S.47.

⁴¹¹ Kehr, Kunstfehler, S.48.

⁴¹² v.Bar, Strafrecht, S.119.

⁴¹³ v.Bar, Strafrecht, S.120.

sen Fällen auch einzuschalten, falls es um die Bestrafung von Pfuschern ging. Der Rat war nach Artikel 276 vom Hofratskollegium bei der landesherrlichen Kanzlei zu ersuchen⁴¹⁴.

Neben der Bambergensis wird als Quelle das sogenannte Correctorium genannt, eine handschriftliche Sammlung von Rechtssprüchen und Verordnungen, die zwischen 1507 und 1515 entstanden sind und die Bambergensis teilweise erläuterten, ergänzten oder abänderten, sowie einige weitere Gerichtsbücher oder Stadtbücher, deren Einfluss letztlich aber nicht gesichert erscheint⁴¹⁵.

Als sichere Quellen überliefert sind dagegen die Bamberger Gerichtspraxis, der Klagspiegel und die italienischen Kriminalisten⁴¹⁶. Aus der Bamberger Gerichtspraxis etwa ist ein Fall überliefert, in dem sich eine Ärztin wegen eines Kunstfehlers strafrechtlich verantworten musste. Die Augenärztin Anna aus Regensburg war wegen „ärztlicher Fahrlässigkeit und Unkunst“ angeklagt worden, weil sie einer Klosterfrau mit einer Arznei die Augen „verderbt und geblendet“ hatte⁴¹⁷. Sie wurde mit der Verbannung und einem Berufsverbot bestraft⁴¹⁸. Die Arzthaftung nach dem Klagspiegel wurde bereits dargestellt. Auch bei den italienischen Rechtswissenschaftlern finden sich teilweise konkrete Ausführungen in Bezug auf Kunstfehler⁴¹⁹, so beispielsweise, dass man einen Arzt, der einen Patienten nicht vorsätzlich tötet, nicht wie einen Mörder bestrafen soll⁴²⁰. An anderer Stelle wird aufgezählt, in welchen Fällen der Arzt die nötige Sorgfalt verletzt, so etwa bei der Vornahme von Behandlungen, die der Arzt nicht beherrscht, oder wenn er unvernünftigen neuen Experimenten folgt oder bei der Auswahl schädlicher Medikamente, an denen der Arzt selbst zweifelt⁴²¹. Als Strafen werden Schadensersatz, Verbannung und Berufsverbot angeführt, die im Einzelnen im Ermessen des Richters liegen sollten⁴²².

Insgesamt gab es auf diesen Grundlagen bis zum Erlass der Carolina vier Entwürfe. Der erste Entwurf sah noch wie die Bambergensis eine peinliche Bestrafung der Ärzte vor. Strafe im Falle eines Behandlungsfehlers sollte die Todesstrafe, die Verstümmelung oder der Staupenschlag sein. Diese strengen Bestimmungen wurde jedoch schon im zweiten Entwurf aufgegeben⁴²³.

cc) Tatbestand und Rechtsfolgen

Die Carolina diente in erster Linie als Prozessordnung, enthielt aber auch materiellrechtliche Regelungen⁴²⁴. In Artikel 134 enthielt sie eine Norm für die von einem Arzt begangenen fahrlässigen und vorsätzlichen Tötungsdelikte⁴²⁵. Diese lautete: „So ein Arzt aus Unfleiß oder Unkunst und doch unfürsetzlich Jemand mit seiner Arznei tötet, erfind sich dann durch die Gelehrten und Verständigen der Arznei, dass er die Arznei leichtfertiglich und verwegentlich missbraucht oder sich ungegründeter unzulässiger Arznei, die ihm nicht geziemt hat, unterstanden und damit Einem zum Tode Ursach geben, der soll nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen und nach dem Rath der Verständigen gestraft werden, und in diesem Fall allermeist Achtung gehabt werden auf leichtfertige Leuth, die sich Arznei unterstehen und der mit keinem Grund gelernt haben. Hätt aber ein Arzt eine solche Tötung willentlich getan,

⁴¹⁴ Kehr, Kunstfehler, S.122, 123.

⁴¹⁵ Kehr, Kunstfehler, S.119, 120.

⁴¹⁶ Kehr, Kunstfehler, S.121.

⁴¹⁷ Kehr, Kunstfehler, S.123, 124.

⁴¹⁸ Kehr, Kunstfehler, S.135.

⁴¹⁹ Kehr, Kunstfehler, S.127.

⁴²⁰ Kehr, Kunstfehler, S.128.

⁴²¹ Kehr, Kunstfehler, S.130.

⁴²² Kehr, Kunstfehler, S.134.

⁴²³ Kehr, Kunstfehler, S.116, 117.

⁴²⁴ Schmidt, Grundriss Strafrecht, S.18.

⁴²⁵ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 72.

so wäre er als fürsetzlicher Mörder zu bestrafen.“⁴²⁶ und wurde folgendermaßen angewendet und ausgelegt:

Da man mit dieser Regelung Missstände im Gesundheitswesen eindämmen wollte, waren Adressaten der Regelung nicht nur die gelehrten Ärzte, die *Physici*, sondern auch die Bader, Barbieri, Bruch- und Steinschneider, Scharfrichter und Hebammen⁴²⁷.

Im Rahmen der Tatbestandsmerkmale verstand man unter „Unfleiß“ ein Verhalten, das die gebotene Sorgfalt außer Acht ließ⁴²⁸. Die „Unkunst“ wurde definiert als ein Defizit an Wissen, Kenntnis und Bildung und die fehlende Gabe, seine medizinischen Kenntnisse im Einzelfall richtig einzusetzen⁴²⁹. Als „leichtfertig“ wurde ein unbesonnenes und gegen Sitte und Moral verstoßendes Verhalten bezeichnet⁴³⁰. Unter „verwegentlich“ verstand man ein tollkühnes und unbesonnenes Verhalten⁴³¹. Das „fürsetzliche“ Handeln des Arztes war durch Vorbedacht, Plan und Überlegung des Handelnden gekennzeichnet⁴³². „Williglich“ handelte der Arzt, wenn er im modernen Sinn bewusst und gewollt tötete, aber nur dann, wenn er dabei das Bewusstsein hatte, Unrecht zu tun⁴³³. „Leichtfertiges“ und „verwegentliches“ Handeln stellten als Schuldform einen Zwischenstufe zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit dar, da es ähnlich dem Vorsatz ein direktes und bestimmtes Wollen voraussetzte und somit mehr war als bloße Fahrlässigkeit⁴³⁴. Dagegen stellten „Unfleiß“ und „Unkunst“ die Umschreibung für echte Fahrlässigkeit dar, da in beiden Fällen ein Verstoß des Arztes gegen die ihm obliegende Sorgfaltspflicht vorlag⁴³⁵. Beruhte der Tod des Patienten auf schuldlosem Handeln des Arztes oder auf reinem Zufall, so blieb der Arzt straflos⁴³⁶.

Das Tatbestandsmerkmal der Anwendung einer unzulässigen Medizin war dann erfüllt, wenn der Behandelnde die genau umschriebenen Befugnisse seines Berufskreises überschritten hatte⁴³⁷, also etwa wenn ein Bader innere Kuren angewandt hatte.

Der Tatbestand war in allen Alternativen aber nur dann erfüllt, wenn das Handeln des Arztes zu einer körperlichen Beeinträchtigung des Patienten geführt hatte⁴³⁸. Die Frage nach dem Kausalzusammenhang war gleichbedeutend damit, ob die Verletzung Ursache für den Tod geworden war. Nach der im Rahmen der Carolina maßgeblichen Ansicht der italienischen Juristen war dies nur dann zu bejahen, wenn die Verletzung die unmittelbare und einzige Ursache für den Tod war⁴³⁹. Hätte demnach eine falsche Behandlung früher oder später zum Tod des Patienten geführt, so konnte sie dem Arzt dennoch nicht zum Vorwurf gereichen, wenn der Tod durch einen neuen und nicht vom Arzt verschuldeten Umstand hervorgerufen wur-

⁴²⁶ v.Authenrieth, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549, 558, 559.

⁴²⁷ Kehr, Kunstfehler, S.49.

⁴²⁸ Kehr, Kunstfehler, S.55.

⁴²⁹ Kehr, Kunstfehler, S.56, 57.

⁴³⁰ Kehr, Kunstfehler, S.57, 58.

⁴³¹ Kehr, Kunstfehler, S.58.

⁴³² Kehr, Kunstfehler, S.76.

⁴³³ Kehr, Kunstfehler, S.76, 82.

⁴³⁴ Kehr, Kunstfehler, S.82-89.

⁴³⁵ Kehr, Kunstfehler, S.89, 91.

⁴³⁶ Kehr, Kunstfehler, S.91.

⁴³⁷ Kehr, Kunstfehler, S.59.

⁴³⁸ Kehr, Kunstfehler, S.62.

⁴³⁹ Kehr, Kunstfehler, S.50.

de⁴⁴⁰. Sollten in diesem Zusammenhang Zweifel eintreten, so war nach Artikel 147 der Rat medizinischer Sachverständiger einzuholen⁴⁴¹.

Der Rat der medizinischen Sachverständigen war im Prozess gegen einen Arzt außerdem zu allen medizinischen Fragen heranzuziehen. Das Gutachten sollte den Richter in die Lage versetzen, zu entscheiden, ob der Arzt aus Unfleiß, Unkunst, leichtfertig, verwegen oder unter Überschreitung seiner Zuständigkeit gehandelt hatte⁴⁴². Der Nachweis für Unfleiß oder Unkunst musste dann nicht erbracht werden, wenn es sich bei dem Behandelnden um eine nicht zur Heilkunde ausgebildete Person handelte. In diesem Fall wurden die beiden Tatbestandsmerkmale vermutet⁴⁴³.

Die Strafe des Arztes regelte der Artikel 134 der Carolina nicht, sondern stellte die Bestrafung in das Ermessen des Richters. Grundlage für die Ermessensausübung waren das deutsche Gewohnheitsrecht und die italienische Rechtswissenschaft⁴⁴⁴. Maßgeblich für die Strafe war demnach, welches Rechtsgut verletzt worden, wie groß der angerichtete Schaden und wie groß das Ausmaß des Verschuldens war⁴⁴⁵. Danach war bei leichter Schuld und fahrlässiger Begehung eine Geldstrafe, unter Umständen auch eine Gefängnisstrafe oder die Verweisung zu erwarten. In schweren Fällen musste auch mit dem Staupenschlag gerechnet werden⁴⁴⁶. Bei willigen, bewussten oder gewollten Tötungshandlungen, erwartete den Arzt nach Artikel 134 Satz in Verbindung mit Artikel 137 Satz 2 wie den „fürsetzlichen Mörder“ das Rad⁴⁴⁷. Sollte die Tat durch einen Kurpfuscher begangen worden sein, so dürfte die Strafe nicht nur Gefängnis, sondern auch Staupenschlag, Verstümmelung und manchmal sogar die Todesstrafe gewesen sein⁴⁴⁸. Über die Einzelheiten der Bestrafung hatte nach Artikel 134 ein Rat von Rechtssachverständigen ein Gutachten zu erstellen⁴⁴⁹.

dd) Verhältnis zum sonstigen Recht

In welchem Umfang diese Bestimmungen tatsächlich zur Anwendung kommen konnten, war abhängig vom Verhältnis der Carolina zu den übrigen Rechtsnormen jener Zeit. Die Carolina enthielt in der Vorrede eine Salvatorische Klausel mit dem Wortlaut: „Doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden, an jren alten wohlhergebrachten rechtmessigen vnd billigen gebreuchen, nichts benommen haben“⁴⁵⁰. Diese Klausel sollte sicherstellen, dass ihr nicht alle Landesrechte vorgehen sollten, sondern nur die erwiesenen⁴⁵¹. Tatsächlich jedoch wurde diese Klausel in den einzelnen Territorien aufs Unterschiedlichste gehandhabt. In einzelnen Fällen wurde das gesamte bisherige Recht als hergebrachte Gewohnheit behandelt und die Carolina einfach übergangen. Zum Teil wurde jedoch auch die Carolina mit oder ohne Zusätze als Landesgesetz übernommen⁴⁵². Wie bereits gesehen, fanden die Vorschriften der Carolina aber im Ergebnis in den meisten Territorien direkt oder indirekt durch Übernahme in das Landesrecht Anwendung⁴⁵³.

⁴⁴⁰ Kehr, Kunstfehler, S.51.

⁴⁴¹ Kehr, Kunstfehler, S.52.

⁴⁴² Kehr, Kunstfehler, S.65.

⁴⁴³ Kehr, Kunstfehler, S.69.

⁴⁴⁴ Kehr, Kunstfehler, S.101.

⁴⁴⁵ Kehr, Kunstfehler, S.101.

⁴⁴⁶ Kehr, Kunstfehler, S.105.

⁴⁴⁷ Kehr, Kunstfehler, S.111.

⁴⁴⁸ Kehr, Kunstfehler, S.112.

⁴⁴⁹ Kehr, Kunstfehler, S.109.

⁴⁵⁰ v.Bar, Strafrecht, S.126.

⁴⁵¹ v.Wächter, Gemeines Recht, S.31.

⁴⁵² v.Bar, Strafrecht, S.128.

⁴⁵³ v.Bar, Strafrecht, S.128; v.Wächter, Gemeines Recht, S.121.

ee) Weiterentwicklung

Die Carolina wurde jedoch wie auch schon die Lex Aquilia nicht dauerhaft unverändert als Rechtsgrundlage herangezogen, sondern wurde im Laufe der Zeit weiterentwickelt. Zum ersten wurde Artikel 134 entgegen seinem Wortlaut nicht nur auf die Tötung der Patienten angewandt, sondern auch auf die Körperverletzungen. Grund hierfür war die Zielsetzung des Carolina, Missstände im Heilwesen zu beseitigen. Diese zeigten sich jedoch nicht nur in der Todesfolge sondern gerade in vielen Fällen auch in der Schädigung der Gesundheit der Behandelten⁴⁵⁴.

Eine Fortentwicklung fand aber auch auf Rechtsfolgenseite statt. Im 17. Jahrhundert kam man nämlich zu der Ansicht, die in der Carolina festgesetzten verstümmelnden Strafen oder die verschiedenen Grade der Todesstrafe seien unangebracht und man begann, das Gesetz zu umgehen⁴⁵⁵. Dies geschah vor allem dadurch, dass man die verschiedensten Milderungsgründe aufstellte und diese dadurch zur Anwendung brachte, dass man in jedem Einzelfall hinterfragte, ob die Intention des Gesetzgebers gerade einen solchen Fall bedacht haben mochte⁴⁵⁶. Zwar gelten diese Ausführungen zunächst nur in Bezug auf die in der Carolina eindeutig bestimmten Strafen, während in Artikel 134 die Festsetzung der Strafe dem Ermessen des Richters überlassen wurde. Gerade in diesem Fall aber war es ohne umständlichen Begründungsaufwand möglich, die mildernden Strafen gemäß der allgemeinen Meinung zur Anwendung zu bringen, so dass die Abkehr von den strengen Strafen wohl in allen von der Carolina geahndeten Fällen, so auch im Bereich der ärztlichen Kunstfehler, erfolgt sein dürfte.

ff) Ende der Anwendung

Im Wesentlichen fand die Carolina, die durch Interpretationen und Restriktionen dem jeweiligen Rechtsempfinden angepasst wurde, bis ins 18. Jahrhundert hinein unmittelbare oder mittelbare Anwendung⁴⁵⁷. Erst durch die Landesgesetzgebung im 18. Jahrhundert und vor allem durch die vom Geist der Aufklärung getragenen Gesetzeswerke des 19. Jahrhunderts wurde im Großteil Deutschlands das gemeine Strafrecht abgeschafft⁴⁵⁸. In den Territorien Mecklenburg, Kurhessen, Schleswig-Holstein, Lauenburg, Schaumburg-Lippe, Bremen und Hamburg galt die Carolina sogar bis 1866, wenn auch in Form des damaligen Gerichtsgebrauchs⁴⁵⁹. Somit war Artikel 134 entweder in seiner ursprünglichen oder in abgewandelter Form mehrere Jahrhunderte in ganz Deutschland maßgeblich für die Strafverfolgung fahrlässiger Ärzte⁴⁶⁰.

gg) Häufigkeit von Strafverfahren

Trotz der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung und der geschilderten Probleme im Gesundheitswesen sind bis ins 19. Jahrhundert Strafverfahren gegen Ärzte wegen Behandlungsfehlern kaum bekannt geworden⁴⁶¹. Grund hierfür war wohl, dass aufgrund der noch nicht sehr weit entwickelten naturwissenschaftlichen Erkenntnisse die praktische Anwendung der rechtlichen Grundlagen wegen der bestehenden Beweisschwierigkeiten kaum möglich war⁴⁶².

⁴⁵⁴ Kehr, Kunstfehler, S.53.

⁴⁵⁵ v.Bar, Strafrecht, S.144; v.Wächter, Allgemeines Recht, S.121.

⁴⁵⁶ v.Bar, Strafrecht, S.145; v.Wächter, Allgemeines Recht, S.122.

⁴⁵⁷ Heinz, Kunstfehlerrgutachten, S.8; v.Wächter, Allgemeines Recht, S.122, 125.

⁴⁵⁸ Kehr, Kunstfehler, S.180; Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 92; v.Wächter, Allgemeines Recht, S.153.

⁴⁵⁹ v.Bar, Strafrecht, S.188.

⁴⁶⁰ Krähe, Kunstfehler, S.28.

⁴⁶¹ Krähe, Kunstfehler S.28.

⁴⁶² Kehr, Kunstfehler, S.180; Krähe, Kunstfehler S.28.

3) Medizinalordnungen

Denselben Ansatz wie die Carolina, den Missständen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens begegnen zu wollen, verfolgten die sogenannten Medizinalordnungen seit dem 15. Jahrhundert⁴⁶³. Ziel dieser Erlasse war es nämlich, den Bereich des Gesundheitswesens zu regeln, die Aufgabenkreise für die verschiedenen Heilberufe und die Apotheker festzulegen und vor allem die Puscherei und die Scharlatane zu bekämpfen⁴⁶⁴. Diese Bestimmungen besaßen Gesetzeskraft, und es wurde eine Instanz geschaffen, die ihre Einhaltung überwachen sollte. Ihre Bedeutung für die ärztliche Behandlungsfehlerhaftung war aber gering. Zum ersten war die tatsächliche Durchsetzung seitens der Obrigkeit wohl, zumindest teilweise, nicht wirklich effektiv⁴⁶⁵. Zum zweiten hatten die Medizinalordnungen das Eintreten von Behandlungsschäden nur selten zum Inhalt⁴⁶⁶.

Bereits in früherer Zeit hatte es vereinzelte Versuche gegeben, das Gesundheitswesen zu regeln, so etwa durch die Medizinalordnung Friedrichs II. aus dem Jahre 1231⁴⁶⁷. Die Wirkung dieser Vorschrift blieb allerdings weitgehend auf Sizilien beschränkt⁴⁶⁸. Im Jahre 1352 erließ Karl IV. die erste Medizinalordnung in Deutschland. Diese hatte jedoch noch ausschließlich die Arzneimittel und noch nicht die Festlegung der ärztlichen Pflichten zum Gegenstand⁴⁶⁹. Derartige Regelungen wurden erst später getroffen. Die Stadt Konstanz erhielt 1455, die Stadt Amberg 1464 und Nürnberg 1478 eine derartige Medizinalordnung. Inhalt waren vor allem Normen für den Stadtphysikus, Behandlungsvorschriften für die Ärzte im Allgemeinen und Eide für Hebammen⁴⁷⁰. In Konstanz wurden in den Apothekenordnungen aus den Jahren 1387 und 1455 besondere Bestimmungen für Wundärzte getroffen⁴⁷¹. Im Jahre 1524 erhielt Freiberg seine eigene Medizinalordnung⁴⁷². In Augsburg wurde 1582 eine Medizinalordnung erlassen, die unter anderem die Ärzte dazu verpflichtete, Aufforderungen zur Konsultation am Krankenbett Folge zu leisten⁴⁷³. In Hamburg wurden 1586 durch eine Apothekenordnung nicht nur Regelungen in Bezug auf die Apotheken erlassen, sondern auch für alle im Bereich des Heilwesens Tätigen. 1637 trat an ihre Stelle eine revidierte und erweiterte Fassung, die als Grundlage für weitere, später als Medizinalordnungen bezeichnete Regelwerke diente⁴⁷⁴. Die Nürnberger Medizinalordnung von 1593 enthielt ebenfalls besondere Vorschriften über die Pflichten der Ärzte und zur Bekämpfung der Kurpfuscherei⁴⁷⁵. 1685 erging die Preußische Medizinalordnung, die unter anderem Regelungen in Bezug auf Barbieri, Wundärzte, Alchimisten, Stein- und Bruchschneider und Zahnbrecher traf⁴⁷⁶.

Anhaltspunkte, wie mit einem Arzt im Falle eines Behandlungsfehlers zu verfahren gewesen sei, lassen sich jedoch in all diesen Beispielen nicht finden. Sie können lediglich insofern als von Bedeutung für die Arzthaftung gesehen werden, dass sie die ärztlichen Pflichten festschrieben und damit Bewertungskriterien für die rechtliche Beurteilung der Behandlungsfehler an die Hand geben konnten.

⁴⁶³ Rodegra, Gesundheitswesen, S.7.

⁴⁶⁴ Rodegra, Gesundheitswesen, S.1.

⁴⁶⁵ Rodegra, Gesundheitswesen, S.1.

⁴⁶⁶ Rodegra, HÄB 1982, S.127, 128.

⁴⁶⁷ Völker, Arzt und Heilwesen, S.48.

⁴⁶⁸ Völker, Arzt und Heilwesen, S.49.

⁴⁶⁹ Rüping, in: Maurer/ Schalenberger, Gesundheitssystem, S.12.

⁴⁷⁰ Rodegra, Gesundheitswesen, S.7.

⁴⁷¹ Rodegra, Gesundheitswesen, S.8.

⁴⁷² Rodegra, Gesundheitswesen, S.8.

⁴⁷³ Rodegra, Gesundheitswesen, S.9.

⁴⁷⁴ Rodegra, Gesundheitswesen, S.1.

⁴⁷⁵ Rodegra, Gesundheitswesen, S.9.

⁴⁷⁶ Rodegra, Gesundheitswesen, S.10.

III) Zusammenfassung

Betrachtet man das Arzthaftungsrecht im Zeitraum von der Antike bis zum Beginn des 18. Jahrhunderts, so fällt die vor allem anfangs teilweise unklare Rechtslage auf. Im Zivilrecht gab es im Bereich des Schadensersatzrechts nur wenige Kodifikationen, und deshalb war die zivilrechtliche Haftung auf der Grundlage des gemeinen Rechts im Wesentlichen die Gleiche geblieben wie zur Zeit der Römer. Die Lex Aquilia bildete nämlich als Teil dieses gemeinen Rechts die Grundlage für Schadensersatzansprüche im Falle einer Rechtsgutsverletzung, hatte dabei aber im Zuge der Rezeption einige auch für das Arzt Haftungsrecht nicht unbedeutende Änderungen erfahren. So hatte ihre Weiterentwicklung etwa die Zuerkennung von Schmerzensgeld oder die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf die Tötung von Personen mit sich gebracht.

Das Strafrecht war zunächst uneinheitlich und stark territorial zersplittert. Vorschriften über die ärztliche Haftung sind nur vereinzelt überliefert. Eine Änderung dieser Rechtslage trat erst mit dem Erlass der Carolina ein, die unmittelbar oder mittelbar nahezu im ganzen Reich Anwendung fand. Das Strafrecht der Carolina unterschied sich in der Härte der Strafen anfangs allerdings nicht wesentlich von den drakonischen Strafen der Antike. Erst ab dem 17. Jahrhundert trat insofern eine Besserung ein.

Obwohl in Deutschland diese rechtlichen Regelungen für die Verantwortlichkeit der Ärzte bestanden, scheinen daraus folgende Haftungsprozesse oder Strafverfahren eher die Ausnahme gewesen zu sein. Grund hierfür war immer noch wie in der Antike die noch zu wenig vorangeschrittene Medizin, deren tatsächlichen Defizite sich über die daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten auf die rechtliche Situation auswirkten. Gleichzeitig aber waren die Patienten mit zunehmenden oder zumindest anhaltenden Missständen im Bereich des Heilwesens konfrontiert. Ein deutlicher Schritt hin zu einem gerechten Interessenausgleich zwischen Ärzten und Patienten war also trotz einer verstärkten Notwendigkeit nicht erfolgt. Immerhin waren aber durch die erweiterte zivilrechtliche und die weniger grausame strafrechtliche Haftung zumindest verbesserte rechtliche Voraussetzungen für eine positive Entwicklung hin zu einem angemessenen Interessenausgleich geschaffen.

C) Ergebnis

Betrachtet man nun die Arzthaftung von den frühesten Anfängen bis zu Beginn des 18. Jahrhunderts, so kommt man zu folgendem Ergebnis: Abgesehen von den zivilrechtlichen Regelungen der Lex Aquilia fehlten in der Antike als Voraussetzung für eine angemessene Arzthaftung überwiegend noch sowohl eine ausgewogene Rechtslage als auch die tatsächlichen Voraussetzungen für die Verfolgung ärztlicher Fehlleistungen.

Die rechtliche Situation verbesserte sich in den folgenden Jahrhunderten erst allmählich durch die Ausdehnung der zivilrechtlichen Haftung und das Abkommen von grausamen Strafen. Eine ausgewogene Haftung der Ärzte und ein gerechter Ausgleich für die Geschädigten blieben aber aufgrund der tatsächlichen Umstände weiter aus. Da der wegen zahlreicher Missstände dringende Fortschritt in der Medizin nicht erreicht wurde, blieb einerseits die Gefahr ärztlicher Behandlungsfehler hoch, andererseits konnten derartige Fälle aufgrund der mit den fehlenden Kenntnissen verbundenen Beweisschwierigkeiten nicht effektiv gerichtlich verfolgt werden. Eine Besserung dieser für beide Seiten, besonders aber für die geschädigten Patienten unbefriedigenden Lage trat erst in der Folgezeit ein.

Teil III: Entwicklung des Arzthaftungsrechts vom 18. Jahrhundert bis 1950

A) Arzthaftungsrecht im 18. und 19. Jahrhundert

I) Soziologischer und rechtlicher Hintergrund

1) Entwicklung des Arztberufs und der Medizin

Wesentliche Faktoren für die Fortentwicklung und Verbesserung der Arzthaftung waren auch im 18. und 19. Jahrhundert die Stellung und die Situation der Ärzteschaft und die Fortschritte auf dem Gebiet der Medizin.

Im 18. und 19. Jahrhundert bildete sich ein einheitlicher Stand der Ärzteschaft, und die Ausbildung der Ärzte und die medizinische Versorgung weiter Teile der Bevölkerung verbesserte sich merklich. Wichtigste Voraussetzung hierfür war die Erhöhung der Ausbildungskapazitäten an den Universitäten in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts⁴⁷⁷ und eine höhere Qualität der dort erteilten Ausbildung. Es wurde nämlich zunehmend Wert auf Forschung und Wissenschaft anstelle der bloßen Weitergabe von Wissen gelegt⁴⁷⁸, und anatomische und chirurgische Fächer wurden erstmals in die Ausbildung mit einbezogen⁴⁷⁹. Zudem wurde in den 1727 und 1796 in Berlin gegründeten militärärztlichen Ausbildungsstätten internistisches und chirurgisches Wissen zusammen vermittelt⁴⁸⁰.

Außerdem begann man, Krankenhäuser im eigentlichen Sinn zu errichten und damit auch gemeinsame Arbeitsstätten für Chirurgen und Internisten zu schaffen⁴⁸¹. Bis ins 18. Jahrhundert hinein hatten nämlich keine Krankenhäuser im modernen Sinn existiert, sondern die sogenannten Spitäler hatten nicht als Heilanstalten sondern als Unterkunft für Arme, Alte und Kranke gedient. Mit einem quantitativen Ausbau, einer neuen baulichen Gestaltung und der Aufstellung hygieneorientierter Krankenhausordnungen entstanden seit Beginn des 19. Jahrhunderts Krankenhäuser im heutigen Sinn⁴⁸².

Von Bedeutung war außerdem eine Veränderung der Klientel und des Bedarfs an medizinischer Behandlung. Im Laufe des 19. Jahrhunderts nahm durch die mit der Industrialisierung verbundene Landflucht die Zahl der in den Städten Behandlung suchenden Bevölkerungsschichten zu. Auch wuchs angesichts der immer härter werdenden Arbeitsbedingungen die Bedeutung der Gesundheit als Grundlage der Existenzsicherung⁴⁸³. Mit steigendem Bedarf stieg auch die Zahl der Ärzte immer mehr. Sie verdoppelte sich in der Zeit von 1827 bis 1842 nahezu, so dass mit der Niederlassung mehrerer Ärzte an einem Ort die ärztlichen Leistungen vergleichbar wurden und dadurch immer mehr Konkurrenz entstand⁴⁸⁴. Deshalb begannen sich immer mehr Ärzte sowohl als Internisten als auch als Chirurgen zu qualifizieren⁴⁸⁵. Dieser tatsächlichen Entwicklung trug der Gesetzgeber mit der Schaffung eines einheitlichen Berufsstandes durch die Prüfungsordnung von 1852 Rechnung. Die verschiedenen niederen Kategorien der Heilkundigen hörten damit auf zu existieren und an die Stelle der Vielfalt an medizinischen Berufen traten durch das preußische

⁴⁷⁷ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 27.

⁴⁷⁸ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 28.

⁴⁷⁹ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 30.

⁴⁸⁰ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 29.

⁴⁸¹ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 31.

⁴⁸² Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 30.

⁴⁸³ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 32.

⁴⁸⁴ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 35.

⁴⁸⁵ Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15, 35.

Reglement von 1852 die Kategorien der akademisch ausgebildeten Ärzte⁴⁸⁶. Jeder promovierte Arzt sollte fortan die Approbation als praktischer Arzt, Wundarzt und Geburtshelfer erlangen⁴⁸⁷.

Der Grundgedanke dieses Gesetzes brauchte zwar eine Weile, bis er sich durchsetzen konnte⁴⁸⁸, schließlich war aber eine gut ausgebildete und einheitliche Ärzteschaft entstanden. Diese steigende Bedeutung von Wissenschaft und Forschung im Rahmen der ärztlichen Ausbildung und Tätigkeit und die Verbesserung der Behandlungsbedingungen führten dazu, dass auf dem Gebiet der Medizin zunehmend bedeutende Fortschritte zu verzeichnen waren. In den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts begann man, Eingriffe unter Narkose mittels Lachgas, Äther oder Chloroform vorzunehmen, so dass die Schmerzhaftigkeit als eines der größten Probleme der Chirurgie beseitigt war. Einem weiteren, für den Patienten besonders bedrohlichen Problem, der Wundinfektion, trat man seit 1865 entgegen, indem man anfangs, die aseptische Wundversorgung und das aseptische Operieren einzuführen. Auch klärte man die Ursachen und die Infektionswege vieler ansteckender Krankheiten auf, führte daraufhin Impfungen gegen Milzbrand und Tollwut ein und schenkte der Hygiene zunehmende Beachtung⁴⁸⁹. Zusätzlich war das Aufkommen der Röntgenstrahlen als Untersuchungsmethode von entscheidender Bedeutung für die Verbesserung der medizinischen Versorgung⁴⁹⁰. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts begann sich außerdem die Gerichtsmedizin als eigenständiges Fach herauszubilden⁴⁹¹. Unter anderem wegen dieser Qualitätssteigerung und Fortschritte wuchsen auch das Ansehen und die Autorität der Ärzte. Dazu trugen außerdem die verbesserte gesellschaftliche Stellung der Ärzte bei⁴⁹².

Zur Sicherung dieser Qualität der medizinischen Versorgung nahm der Staat eine immer wichtigere Rolle im Bereich der ärztlichen Ausbildung und Berufsausübung ein. Die Ärzte erwarben ihr Wissen an staatlich finanzierten und kontrollierten Universitäten, und ihre Zulassung erfolgte seitens des Staates. Das berufliche Verhalten wurde durch Medizinalordnungen gelenkt, und staatlich festgelegte Taxen waren für die Honoraransprüche maßgeblich⁴⁹³. Mit der Zeit wurde dieser staatliche Einfluss allerdings wieder etwas gelockert. So endete 1869 der staatlich angeordnete Kurierzwang sowie das Kurpfuschereiverbot⁴⁹⁴. Die Gewerbeordnung von 1869 brachte die Kurierfreiheit, so dass die ärztliche Tätigkeit fortan als Gewerbe galt. Damit durfte dieses zwar jeder ausüben, der Titel „Arzt“ blieb aber den Approbierten vorbehalten, womit ein gewisser Schutz gewährleistet sein sollte⁴⁹⁵.

Somit war, auch wenn das Kurpfuschertum lange noch nicht beseitigt war, die Qualität der medizinischen Ausbildung gestiegen, die Berufsausübung wurde überwacht und die zunehmende Konkurrenz zwischen den Ärzten dürfte ebenfalls dazu beigetragen haben, die Qualität der Behandlungen und damit den Schutz der Patienten vor Missständen zu verstärken. Durch das zunehmende Wissen wurde auf der einen Seite natürlich die Qualität der medizinischen Versorgung erheblich gesteigert und die Gefahr eines Behandlungsfehlers gesenkt. Auf der anderen Seite brachten die erweiterten Behandlungsmöglichkeiten aber auch die Gefahr neuer Fehlerquellen mit sich. Dennoch wurden aber durch verbesserte Kenntnisse wiederum die Chancen erhöht, medizinische Fehlleistungen und deren Ursachen aufzuklären.

⁴⁸⁶ Laufs, in: Eser/ Künschner, S.387, 394.

⁴⁸⁷ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1005.

⁴⁸⁸ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1005.

⁴⁸⁹ Krähe, Kunstfehler, S.79, 80.

⁴⁹⁰ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.14.

⁴⁹¹ Krähe, Kunstfehler, S.75.

⁴⁹² Laufs, in: Eser/ Künschner, S.387, 394.

⁴⁹³ Laufs, in: Eser/ Künschner, S.387, 394.

⁴⁹⁴ Laufs, in: Eser/ Künschner, S.387,396.

⁴⁹⁵ Neuberger/ Pagel, Handbuch, S.1007.

Insgesamt war somit eine entscheidende Fortentwicklung der tatsächlichen Voraussetzungen der Behandlungsfehlerhaftung erfolgt.

2) Allgemeine Rechtslage

Im Gegensatz hierzu blieb die Rechtslage in Bezug auf die Arzthaftung, wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, im 18. und 19. Jahrhundert anfangs recht unübersichtlich⁴⁹⁶. Wenig Aufschluss über die rechtlichen Konsequenzen ärztlicher Behandlungsfehler geben auch die meisten literarischen Quellen, die zum Thema der ärztlichen Kunstfehler seit Anfang des 18. Jahrhunderts erschienen. Sie beleuchteten zwar vielfach alle medizinischen Aspekte der Kunstfehler, treffen jedoch keine Aussagen über deren rechtliche Wertung⁴⁹⁷. Sollten sie doch einmal Hinweise auf die rechtlichen Grundlagen ärztlicher Verantwortlichkeit enthalten, so sind die Aussagen zum Teil recht unterschiedlich.

3) Häufigkeit der erhobenen Kunstfehlervorwürfe

Die Zahl der Kunstfehlerprozesse blieb im 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wohl zunächst noch sehr niedrig. Zwar lässt sich sowohl die absolute Häufigkeit von Kunstfehlerverfahren, als auch die relative Häufigkeit der tatsächlichen Verurteilungen in diesem Zeitraum schwer beurteilen⁴⁹⁸. Es wurden aber nur einzelne Fälle in medizinischen Arbeiten mitgeteilt⁴⁹⁹. Auch steht nach den übereinstimmenden Aussagen einiger zeitgenössischer Autoren fest, dass zu Beginn des 19. Jahrhunderts ärztliche Behandlungsfehler noch eher selten an die Öffentlichkeit drangen oder Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens waren⁵⁰⁰. Die Aufmerksamkeit, die der Thematik der Kunstfehler in der Literatur bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts gewidmet wurde, war ebenfalls sehr begrenzt. Dies veranlasste Henke zu Beginn des 19. Jahrhunderts dazu, die Lehre von der Beurteilung der Kunstfehler sogar als ein „noch wenig und nicht genügend bearbeitetes Feld“ zu bezeichnen⁵⁰¹.

Die Zahl der Kunstfehlerprozesse und damit die Bedeutung des Arzthaftungsrechts stieg erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts⁵⁰², so dass Ende des 19. Jahrhunderts viel häufiger Prozesse gegen Ärzte wegen Kunstfehler stattfanden als noch einige Jahrzehnte zuvor⁵⁰³. Insgesamt wurden ärztliche Behandlungsfehler aber auch gegen Ende des 19. Jahrhunderts noch eher selten rechtlich verfolgt⁵⁰⁴. Absolute Zahlen sind offensichtlich nicht bekannt.

Der Grund dafür, dass ein Arzt häufig für eine Fehlbehandlung nicht rechtlich belangt werden konnte, war immer noch die schwere oder fehlende Nachweisbarkeit eines ärztlichen Fehlers infolge des zu wenig gesicherten medizinischen Wissens. Zudem nahm man zu Gunsten des Arztes stets die Vermutung der Rechtschaffenheit und der besten Absicht an⁵⁰⁵. Die Schwierigkeiten des Nachweises wirkten sich neben der grundsätzlichen Verfolgbarkeit der Ärzte auch darauf aus, welche Fachgebiete seltener und welche häufiger von Prozessen bedroht wurden. So waren offensichtlich Anklagen wegen Kunstfehler auf dem Gebiet der inneren Heilverfahren eher selten, weil auf diesem Gebiet der Beweis des ursächlichen Zusammen-

⁴⁹⁶ Krähe, Kunstfehler, S.64.

⁴⁹⁷ Kehr, Kunstfehler, S.30.

⁴⁹⁸ Krähe, Kunstfehler, S.73.

⁴⁹⁹ Kehr, Kunstfehler, S.172.

⁵⁰⁰ Henke, Abhandlungen, S.70; Henke, Zeitschrift für Staatsarzneikunde 1835, S.218, 221; Masius, Lehrbuch, S.120.

⁵⁰¹ Krähe, Kunstfehler, S.34.

⁵⁰² Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1, 1; Rodegra, HÄB 1982, S.127, 131.

⁵⁰³ Krähe, Kunstfehler, S.104.

⁵⁰⁴ Hollmann, Aufklärungspflicht, S.7.

⁵⁰⁵ Kühner, Kunstfehler, S.57.

hangs zwischen Heilverfahren und schädlichem Ausgang besonders schwer⁵⁰⁶, der Beweis, dass ein Schaden durch unterbliebene Darreichung eines Medikaments verursacht worden war, praktisch nahezu unmöglich war⁵⁰⁷. Auf den Gebieten der Chirurgie und der Geburtshilfe wurden dagegen häufiger Klagen wegen fahrlässigen Tötungen oder Körperverletzungen erhoben⁵⁰⁸, weil hier Fehler leichter erkennbar und mögliche ungünstige Verläufe häufig bekannt waren⁵⁰⁹. Häufigster Gegenstand der Kunstfehlerverfahren war die fahrlässige Verletzung der ärztlichen Pflichten bei der Behandlung⁵¹⁰. An zweiter Stelle stand das Verlassen oder zu seltene Besuchen des Patienten in einer kritischen Phase⁵¹¹.

II) Rechtliche Grundlagen

Auch die Rechtslage änderte sich wie die Zahl der Behandlungsfehlerverfahren erst relativ spät. Es wurden erst Ende des 19. Jahrhunderts schriftlich fixierte und für alle deutschen Territorien einheitliche Rechtsnormen im Strafrecht und Zivilrecht geschaffen.

1) Zivilrechtliche Haftungsgrundlagen

a) Gemeines Recht

Das gemeine Recht begann im ausgehenden 18. Jahrhundert in einigen Territorien seine Geltung zu verlieren, weil dort verschiedenste Kodifikationen des bürgerlichen Rechts an dessen Stelle traten. Die neuen Gesetzeswerke integrierten jedoch häufig das bisher aus römischen und einheimischen Bestandteilen gemischte Recht, so dass das gemeine Recht zumindest indirekt weiterwirkte⁵¹². In den Gebieten, in denen keine Kodifikation erfolgte, galt das römische Recht als gemeines Recht unverändert fort. Auch das Aufkommen der Pandektenwissenschaft seit Beginn des 19. Jahrhunderts hatte auf die Fortgeltung keinen Einfluss. Sie stimmte in den wesentlichen Grundsätzen mit der modifizierten Anwendung der Lex Aquilia überein⁵¹³, konnte sich in der Praxis ohnehin nicht vollständig durchsetzen und hat erst spätere Kodifikationen wie das Bürgerliche Gesetzbuch maßgeblich beeinflusst⁵¹⁴.

Als das Reichsgericht als oberste Rechtsinstanz für das gesamte Reich am 1. Oktober 1879 seine Tätigkeit aufnahm, musste es aufgrund dieser starken Rechtszersplitterung die verschiedensten Quellen berücksichtigen, unter ihnen als subsidiäres Recht auch das römische Recht in Form des gemeinen Rechts⁵¹⁵. So legte auch das Reichsgericht zunächst die Lex Aquilia in ihrer erweiterten Form seiner Rechtsprechung zugrunde und zog zudem die hierzu entwickelten Grundsätze zur Auslegung auch später noch heran⁵¹⁶. Die Lex Aquilia stellte damit bis zum Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 in vielen Fällen die Grundlage für die Rechtsprechung im Deliktsrecht und somit auch für die deliktische Haftung des Arztes dar⁵¹⁷. Sie bildete

⁵⁰⁶ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.63.

⁵⁰⁷ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.65.

⁵⁰⁸ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.66.

⁵⁰⁹ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.66, 68.

⁵¹⁰ Kühner, Kunstfehler, S.28.

⁵¹¹ Kühner, Kunstfehler, S.26.

⁵¹² Kaser/ Knütel, Privatrecht, S.10.

⁵¹³ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.22; Keppmann, Deliktsrecht, S.62.

⁵¹⁴ Kaser/ Knütel, Privatrecht, S.11.

⁵¹⁵ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.1.

⁵¹⁶ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.23, 127 bis 130, 132.

⁵¹⁷ v.Authenrieth, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549, 554; v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389, 400; Hefke, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 1886, S.139, 149.

außerdem die wichtigste Grundlage für die deliktsrechtlichen Regelungen des BGB⁵¹⁸.

b) Naturrechtskodifikationen im 18. Jahrhundert

Im 18. Jahrhundert entstanden, wie bereits erwähnt, zahlreiche Gesetzbücher, die neben den aufkommenden naturrechtlichen Gedanken auch den *usus modernus Pandectarum* aufnahmen und zum Teil weiterentwickelten⁵¹⁹. Sie lösten das gemeine Recht in den jeweiligen Territorien ab. Zu den bekanntesten dieser Werke in Deutschland zählten der *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* in Bayern von 1756 und das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794.

aa) *Codex Maximilianeus*

Der *Codex Maximilianeus* übernahm wichtige römische Prinzipien⁵²⁰. Er weitete die überlieferten Grundsätze der *Lex Aquilia* unter Vermischung mit den Naturrechtsgedanken zu einer allgemeinen Deliktsklage aus⁵²¹. Für die Arzthaftung von Bedeutung waren dabei vor allem die Bestimmungen des Teils IV, Kapitel 16, § 6 Absatz 4 und 5, die zwar nicht speziell die ärztliche Haftung, aber die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche bei Körperverletzung oder Tötung regelten⁵²². Nach diesen Bestimmungen war im Fall der Tötung und der Körperverletzung der gesamte Schaden, also die Heilungskosten, der entgangenen Gewinn und der Unterhalt für die Familie zu ersetzen. Daneben war ein Schmerzensgeld zu zahlen, das zwar nicht ausdrücklich, aber zumindest stillschweigend in der allgemeinen Schadensersatznorm enthalten sein sollte⁵²³.

bb) *Preußisches Allgemeines Landrecht*

Während sich im *Codex Maximilianeus* noch das römische Recht mit den Naturrechtsgedanken vereint hatte, enthielt das ALR eine allein auf der naturrechtlichen Pflichtenlehre beruhende Generalnorm für Schadensersatz⁵²⁴, nämlich die anspruchsbegründenden Generalnormen in Teil I, Kapitel 6, § 8 :„Wer jemand ohne Rechts Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben.“ und § 10 :„Wer einen anderen aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muss demselben vollständig Genugtuung leisten.“⁵²⁵.

Hinsichtlich des Umfangs der Schadensersatzleistung unterschied das ALR nach dem Grad des Verschuldens des Schädigers (I 3 §§ 16 bis 25 I)⁵²⁶ und enthielt außerdem Sondervorschriften über Art und Umfang der Ersatzpflicht etwa für die Tötung von Personen (I 6 §§ 98 bis 110) oder Körperverletzungen (I 6 §§ 111 bis 128)⁵²⁷.

Nach dem ALR musste der Täter demnach bei der Tötung aus Vorsatz und grobem Versehen standesgemäßen Unterhalt an die Hinterbliebenen zahlen (I 6 § 99), bei mäßigem Versehen notdürftigen Unterhalt, soweit Bedarf bestand (I 6 § 103), und bei geringem Versehen wie auch in allen anderen Fällen Heilungs-, Begräbnis- und Trauerkosten (I 6 §§ 98, 110). Im Falle einer Körperverletzung war nach dem ALR bei Vorsatz und grobem Versehen Ersatz für den gesamten Verdienstaufschlag unter Berücksichtigung zukünftiger, wahrscheinlicher Erwerbsverbesserungen (I 6 § 116)

⁵¹⁸ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.133.

⁵¹⁹ Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht, S.64.

⁵²⁰ Keppmann, Deliktsrecht, S.25.

⁵²¹ Keppmann, Deliktsrecht, S.27.

⁵²² Keppmann, Deliktsrecht, S.27.

⁵²³ Keppmann, Deliktsrecht, S.27; Wieling, Privatstrafe, S.146.

⁵²⁴ Keppmann, Deliktsrecht, S.30.

⁵²⁵ Keppmann, Deliktsrecht, S.32.

⁵²⁶ Beseler, StGB, S.50, 51.

⁵²⁷ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.17; Keppmann, Deliktsrecht, S.34.

zu leisten, bei mäßigem Versehen nur Ersatz des Verdienstausfalls in der Höhe, wie er zur Zeit der Tat vorlag (I 6 § 117), und bei geringem Versehen und in allen übrigen Fällen Ersatz der Heilungskosten (I 6 §§ 111, 118)⁵²⁸. Ein Schmerzensgeld gewährte das ALR nur bei Vorsatz und grobem Versehen (I 6 § 112), jedoch nicht mehr als das Doppelte und nicht weniger als die Hälfte der Heilungskosten (I 6 § 113). Daneben bestand für Frauen noch ein Anspruch bei Entstellung, und zwar bei Vorsatz und grobem Versehen in der Höhe, dass sie noch einen Mann bekämen (I 6 §§ 123, 124) und bei mäßigem Versehen in der Höhe der Mitgift, die der Vater nach seinen Verhältnissen hätte zahlen müssen (I 6 § 125)⁵²⁹. Auch das preußische ALR wurde noch vom Reichsgericht bis zum Inkrafttreten des BGB angewandt⁵³⁰.

c) Naturrechtskodifikationen im 19. Jahrhundert

Neben diesen Regelungen sei auch noch beispielhaft die deliktische Haftung nach zwei Naturrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts erwähnt.

aa) Badisches Landrecht

Eine der Naturrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts war das Badische Landrecht von 1809. Es enthielt nach seinem Vorbild, dem Code Civil Frankreichs, in Artikel 1382 eine einheitliche deliktische Generalklausel für vorsätzliches Handeln. Die Einzelheiten der Haftung sollten dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben⁵³¹. Die Haftung wurde in Artikel 1383 auf Fahrlässigkeit ausgedehnt. Zu beachten ist in Hinblick auf den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes, dass das Badische Landrecht nach Artikel 1385a ein Schmerzensgeld ausdrücklich ausschloss⁵³².

bb) Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch

1863 erging im Königreich Sachsen ein bürgerliches Gesetzbuch. Der Entwurf von 1852 sah ähnlich wie das ALR eine Generalnorm für den Schadensersatz vor⁵³³. In der endgültigen Fassung wurden dann allerdings allgemeine Bestimmungen im allgemeinen Teil und spezielle Bestimmungen im Obligationenrecht aufgenommen⁵³⁴. Die Vorschriften über Sachbeschädigungen und Körperverletzungen waren in den §§ 1483 bis 1487 enthalten⁵³⁵ und entsprachen im Wesentlichen den römisch-rechtlichen Regelungen der Lex Aquilia⁵³⁶. Nicht immer bedeutete also die Einführung neuer Normen auch zwangsläufig eine Änderung der tatsächlichen Rechtslage.

d) Künftiges Recht

Mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 trat an die Stelle der bisherigen Zersplitterung zwischen den verschiedenen Landesgesetzen und dem gemeinen Recht eine einheitliche Rechtslage für das ganze Reich⁵³⁷. Die deliktische Haftung des Arztes richtete sich fortan nach den §§ 823 ff BGB.

⁵²⁸ Wieling, Privatstrafe, S.146.

⁵²⁹ Wieling, Privatstrafe, S.146, 147.

⁵³⁰ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.16.

⁵³¹ Bilstein, Schadensersatzrecht, S.18.

⁵³² Bilstein, Schadensersatzrecht, S.18.

⁵³³ Keppmann, Deliktsrecht, S.77.

⁵³⁴ Keppmann, Deliktsrecht, S.78.

⁵³⁵ Keppmann, Deliktsrecht, S.79, 80.

⁵³⁶ Keppmann, Deliktsrecht, S.80.

⁵³⁷ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.119.

2) Strafrechtliche Haftungsgrundlagen

a) Allgemeine Entwicklung

Auch auf dem Gebiet des Strafrechts wurde das gemeine Recht im Laufe des 18. Jahrhunderts zunehmend durch landesrechtliche Kodifikationen abgelöst⁵³⁸.

b) Fortgeltung der Carolina

Die Carolina fand noch im 18. Jahrhundert weiterhin entweder mangels verdrängender landesgesetzlicher Regelungen direkt oder durch inhaltliche Übernahme in die Partikularrechte indirekt Anwendung. Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale änderte sich dabei im Vergleich zu der schon vorher erweiterten Anwendung nicht. Sie war auf alle medizinischen Berufe⁵³⁹, auf Körperverletzungen⁵⁴⁰ sowie auf alle Grade der Schuld⁵⁴¹ anwendbar.

Die Rechtsfolgen waren aber nicht mehr ganz so streng. Zu Beginn des 18. Jahrhunderts wurde nämlich als Strafe in leichteren Fällen Schadensersatz oder Berufsverbot verhängt, in schwereren Fällen die Verbannung⁵⁴². Gegen Ende des 18. Jahrhunderts stellten im Regelfall Geldstrafe, Berufsverbot, Praxisverbot, Gefängnis oder Verweisung die möglichen strafrechtlichen Sanktionen dar. Nur bei Kurpfuschern in schweren oder wiederholten Fällen kamen auch die öffentliche Ausstellung im Halseisen oder am Schafott, körperliche Strafen oder die Arbeit im Zuchthaus in Betracht⁵⁴³.

Die Anwendung und Bedeutung der Carolina endete aber allmählich, als immer mehr Länder Abstand von den alten Vorstellungen des gemeinen Rechts nahmen und seit der Mitte des 18. Jahrhunderts Normen auf der Grundlage des Gedankenguts der Aufklärung erließen⁵⁴⁴. Hier sei beispielhaft die Rechtslage in einzelnen Territorien aufgezeigt.

c) Strafrechtliche Landesgesetze

aa) Bayern

Das erste Landesrecht, das das gemeine Strafrecht vollkommen verdrängte, war der Codex juris Bavarici criminalis von 1751, der am 31. Dezember 1768 in Kraft trat. Er regelte materielles Recht und Prozessrecht abschließend und das gemeine Recht sollte auch nicht subsidiär zur Anwendung kommen⁵⁴⁵. Allerdings enthielt dieser Codex keinerlei spezielle Regelungen über ärztliche Kunstfehler, sondern in diesen Fällen sollten die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung kommen⁵⁴⁶.

Bereits am 15. Mai 1813 wurde nach der Vorarbeit Feuerbachs ein neues Strafgesetzbuch erlassen⁵⁴⁷. Auch dieses Gesetzeswerk enthielt keine Spezialregelung zur Verantwortlichkeit der Ärzte. Die Strafbarkeit folgte in diesen Fällen den allgemeinen Vorschriften über die vorsätzliche (Artikel 142) und fahrlässige (Artikel 64) Tötung. Für die Fälle grober Fahrlässigkeit galt die Vermutungsregel des Artikel 67, die grobe Fahrlässigkeit dann unterstellte, „wenn Personen, welche mit Bewilligung oder aus Auftrag des Staates eine Wissenschaft, Kunst oder Profession ausüben, aus

⁵³⁸ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.153.

⁵³⁹ Kehr, Kunstfehler, S.152.

⁵⁴⁰ Kehr, Kunstfehler, S.155.

⁵⁴¹ Kehr, Kunstfehler, S.149, 153.

⁵⁴² Kehr, Kunstfehler, S.149.

⁵⁴³ Kehr, Kunstfehler, S.154, 155.

⁵⁴⁴ Kehr, Kunstfehler, S.170.

⁵⁴⁵ v.Wächter, Allgemeines Recht, S.155.

⁵⁴⁶ Kehr, Kunstfehler, S.171.

⁵⁴⁷ v.Liszt, Strafrecht, 18. Auflage, S.41; v.Wächter, Allgemeines Recht, S.234.

Mangel oder Vernachlässigung der zu jener Wissenschaft, Kunst oder Profession gehörenden Kenntnisse und Fertigkeiten eine Rechtsverletzung verursacht haben⁵⁴⁸.

Die allgemeine Vorschrift über die Körperverletzung war auf ärztliche Heilbehandlungen nicht anwendbar, da sie lautete: „Wer ohne Absicht zu töten, jedoch mit rechtswidrigem Vorsatze einen Anderen gewaltsam angreift, denselben an seinem Körper misshandelt oder dessen Gesundheit durch Verwundung, Verletzung oder sonst auf irgendeine Weise beschädigt, soll in folgenden Fällen des Verbrechens der Körperverletzung als schuldig geachtet werden (...).“⁵⁴⁹. Der „rechtswidrige Vorsatz“ war in Artikel 39 bzw. 52 definiert, und sollte vorliegen, „wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewusst gewesen ist.“⁵⁵⁰. Ein solcher Zweck oder eine solche Absicht konnten bei einem Arzt, der zu Heilzwecken handelte, jedoch nicht unterstellt werden⁵⁵¹.

Am 10. November 1861 erhielt Bayern zum letzten Mal ein neues Strafgesetzbuch⁵⁵². In diesem Gesetzbuch richtete sich die Strafbarkeit der Ärzte mangels spezieller Regelung nach den allgemeinen Vorschriften über fahrlässige Tötung in Artikel 232 und fahrlässige Körperverletzung in Artikel 239⁵⁵³.

bb) Preußen

In Preußen wurde das gemeine Recht auch auf dem Gebiet des Strafrechts durch das ALR von 1794 (Teil II, Titel 20)⁵⁵⁴ abgelöst. Das ALR gab jedoch im Wesentlichen das gemeine Recht und den Gerichtsgebrauch der damaligen Zeit wieder⁵⁵⁵. Es enthielt eine Vielzahl von Verboten, die sich auf den medizinischen Bereich bezogen⁵⁵⁶. Die Strafe, falls ein Arzt seinen Patienten verletzte, war nach den allgemeinen Vorschriften je nach dem Grad der Fahrlässigkeit Schadensersatz (Teil II, Titel 20, Abschnitt 11, §795 i.V.m. Teil I, Titel 6, §§ 98 ff.), Gefängnis- oder Festungsstrafe von einem Monat bis zu zwei Jahren (Teil II, Titel 20, Abschnitt 11, §778) oder ein dauerndes Berufsverbot (Teil II, Titel 20, Abschnitt 11, §779)⁵⁵⁷. Eine spezielle Haftungsnorm für ärztliche Behandlungsfehler fehlte⁵⁵⁸. Sollte ein Arzt bei einem Unglücksfall nicht unverzüglich erschienen sein oder ohne weitere Folge nicht die vorgeschriebene Hilfe geleistet haben, so erwartete ihn als Strafe, dass sein Verhalten zu seiner Demütigung öffentlich bekannt gemacht wurde (Teil II, Titel 20, Abschnitt 11, §793)⁵⁵⁹. Im Jahre 1805 begann eine Kriminalordnung, das Strafrecht des ALR zu ersetzen⁵⁶⁰.

Nach zahlreichen Entwürfen erhielt Preußen schließlich am 14. April 1851 ein Strafgesetzbuch⁵⁶¹, das am 1. Juli 1851 in Kraft trat⁵⁶². Dieses Strafgesetzbuch, das 1867 als Vorbild für den Norddeutschen Bund und 1871 als Vorbild für das Reichs-

⁵⁴⁸ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 93.

⁵⁴⁹ Heimberger, Strafrecht, S.31.

⁵⁵⁰ Heimberger, Strafrecht, S.31.

⁵⁵¹ Heimberger, Strafrecht, S.31.

⁵⁵² v.Bar, Strafrecht, S.187.

⁵⁵³ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 93.

⁵⁵⁴ v.Bar, Strafrecht, S.161.

⁵⁵⁵ v.Wächter, Gemeines Recht, S.163.

⁵⁵⁶ Kehr, Kunstfehler, S.171.

⁵⁵⁷ Kehr, Kunstfehler, S.171.

⁵⁵⁸ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 92.

⁵⁵⁹ Kehr, Kunstfehler, S.172.

⁵⁶⁰ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.261.

⁵⁶¹ v.Liszt, Strafrecht, 18. Auflage, S.43, 44.

⁵⁶² v.Bar, Strafrecht, S.187.

strafgesetzbuch diente, enthielt in Bezug auf die medizinischen Berufe nur in § 200 eine Spezialregelung für das Unterlassen einer ärztlichen Hilfeleistung⁵⁶³. Außerdem war in § 199 das Ausüben der Heilkunde oder Geburtshilfe ohne entsprechende staatliche Approbation unter Strafe gestellt⁵⁶⁴.

Die Strafbarkeit der Ärzte wegen Kunstfehlern richtete sich nach den allgemeinen Vorschriften des § 184 bei fahrlässigen Tötungen und des § 198 bei fahrlässigen Körperverletzungen, wobei auch die Möglichkeit eines Berufsverbots bestand⁵⁶⁵.

Das Berufsverbot stand aber im Ermessen des Richters und wurde nur in Fällen der wiederholten Tatbegehung, einer besonders groben Fahrlässigkeit oder einer besonderen Gefährdung der Allgemeinheit verhängt⁵⁶⁶. § 203 Absatz 2 sah im Falle einer fahrlässigen Körperverletzung vor, dass bei wiederholter Tatbegehung ein Berufsverbot für höchstens 5 Jahre verhängt werden, der Betroffene für immer zu seinem Amte unfähig erklärt werden oder ihm für immer die Befugnis zur selbständigen Betreibung seiner Kunst oder seines Gewerbes entzogen werden konnte⁵⁶⁷. Unter diese Norm wurden unter anderem Ärzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen subsumiert⁵⁶⁸. Die Rechtsfolgen standen aber auch hier im Ermessen des Richters⁵⁶⁹.

cc) Württemberg

Das Württembergische Strafgesetzbuch vom 1. März 1839 enthielt zwar ebenfalls keinen eigenen Tatbestand für ärztliche Kunstfehler. Dennoch sah es in Artikel 251 Absatz 2 im Rahmen des allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestands dann eine qualifizierte Rechtsfolge vor, „wenn Aerzte, Wundärzte, Geburtshelfer, Apotheker und Andere, welche zur Ausübung ihrer Kunst öffentlich ermächtigt sind, durch Fahrlässigkeit bei Ausübung derselben den Tod eines Menschen verschuldet haben“⁵⁷⁰. In den §§ 459 und 460 waren außerdem die pflichtwidrige Nichtübernahme der Heilbehandlung und die gesetzeswidrige Ausübung der Heilkunde geregelt⁵⁷¹. Die in dem Gesetzbuch enthaltenen Vorschriften über Körperverletzungen waren auf das ärztliche Handeln nicht anwendbar, da hier bei Auslegung des Gesetzeswortlauts eine Körperverletzung ohne üble Absicht nicht unter den Straftatbestand fiel⁵⁷². Das Gesetzbuch wurde 1849, 1853 und 1855 überarbeitet⁵⁷³.

dd) Baden

Das Badische Strafgesetzbuch vom 6. März 1845, in Kraft getreten am 1. März 1851, enthielt nur die allgemeinen Tatbestände der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung⁵⁷⁴. In Artikel 543 war aber zusätzlich festgelegt, dass „wenn denn den Aerzten, Wundärzten, Hebärzten, Apothekern, Hebammen der Vorwurf gemacht werden kann, dass sie unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit den Tod oder die körperliche Verletzung eines Menschen bei Ausübung ihrer Kunst verschuldeten, die Strafe fahrlässiger Tödtung oder Körperverletzung leiden sollten“⁵⁷⁵. Der Artikel beinhaltete auch die Fälle, in denen der Behand-

⁵⁶³ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 94.

⁵⁶⁴ Oppenhoff, Strafgesetzbuch, S.307.

⁵⁶⁵ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 94.

⁵⁶⁶ Beseler, Strafgesetzbuch, S.364.

⁵⁶⁷ Beseler, Strafgesetzbuch, S.386.

⁵⁶⁸ Beseler, Strafgesetzbuch, S.386.

⁵⁶⁹ Beseler, Strafgesetzbuch, S.386.

⁵⁷⁰ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 93.

⁵⁷¹ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 93.

⁵⁷² Heimberger, Strafrecht, S.33.

⁵⁷³ v.Liszt, Strafrecht, 18. Auflage, S.42.

⁵⁷⁴ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 93.

⁵⁷⁵ Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1, 4.

lungsfehler straflos bleiben sollte. Dies war dann der Fall, wenn „die Tötung oder Körperverletzung Folge eines bloßen, auf irriger Ansicht beruhenden Kunstfehlers“ war, sofern der Angeklagte „innerhalb den Grenzen seiner Kunstberechtigung gehandelt hat“⁵⁷⁶.

ee) Übrige Gebiete

Die Strafgesetzbücher der übrigen deutsche Territorien enthielten keine Sonderregeln in Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes. Dabei war aber nach vielen Strafgesetzbüchern des 18. und 19. Jahrhunderts die misslungene ärztliche Heilbehandlung nicht nach den allgemeinen Vorschriften über die Körperverletzung strafbar, da es wie im bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 bei einem Arzt, der in der Absicht handelte, seinem Patienten zu helfen, an den vom Wortlaut der Gesetze geforderten subjektiven Voraussetzungen fehlte⁵⁷⁷, so etwa in den Strafgesetzbüchern von Hannover⁵⁷⁸, Hessen⁵⁷⁹, Thüringen⁵⁸⁰ und Sachsen⁵⁸¹.

Am längsten galt die Carolina mangels ablösender landesgesetzlicher Regelung formell in den beiden Großherzogtümern Mecklenburg und Kurhessen, in Schleswig-Holstein, Lauenburg, Schaumburg-Lippe, Bremen und Hamburg, wo bis 1866 eigene gesetzliche Regelungen fehlten. Sie wurde jedoch aufgrund einzelner Spezialgesetze und des damaligen Gerichtsgebrauchs zunehmend modifiziert⁵⁸², bis am 25. Juni 1867 zunächst in Hannover, Kurhessen und Schleswig-Holstein das Preussische Gesetzbuch eingeführt wurde und Ende 1869 der Entwurf für ein Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund verfasst wurde⁵⁸³.

ff) Zusammenfassung

Demnach war Stand der Strafgesetzgebung im Deutschen Reich kurz vor Erlass des Reichsstrafgesetzbuches 1870, dass parallel zehn verschiedene Landesstrafgesetzbücher Anwendung fanden⁵⁸⁴. Nur in Mecklenburg, in Lauenburg, in Schaumburg-Lippe, im Unterharz und in Bremen galt sogar zu diesem Zeitpunkt noch das gemeine Recht. Dort wo es durch die Partikularrechte weitgehend in seiner direkten Anwendung verdrängt worden war, behielt es aber eine indirekte Bedeutung, indem es zur Auslegung der neuen Gesetze herangezogen wurde⁵⁸⁵. Im Bereich der Rechtsfolgen war man dabei aber abgerückt von den strengen und teilweise grausamen Strafen, die noch die Carolina im Falle ärztlicher Behandlungsfehler angeordnet hatte. Gründe hierfür waren neben den aufkommenden Gedanken der Aufklärung die schwierige Beweislage wegen der vielfach falsch verstandenen Standessolidarität, die hervorgehobene soziale Stellung der Ärzte, die eine strafrechtliche Verfolgung nahezu undenkbar machte und die in vielerlei Hinsicht privilegierte Rechtsstellung der Ärzte, die zur Erzwingung eines Geständnisses nicht gefoltert werden durften und deren Aussage als Gutachter für einen Kollegen im Rahmen der Beweiswürdigung unbedingt Glauben zu schenken war⁵⁸⁶.

⁵⁷⁶ Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1, 4.

⁵⁷⁷ Heimberger, Strafrecht, S.35.

⁵⁷⁸ Heimberger, Strafrecht, S.33, 34.

⁵⁷⁹ Heimberger, Strafrecht, S.33, 34.

⁵⁸⁰ v. Bar, Strafrecht, S.181; Heimberger, Strafrecht, S.32.

⁵⁸¹ Heimberger, Strafrecht, S.32.

⁵⁸² v.Bar, Strafrecht, S.188.

⁵⁸³ v.Bar, Strafrecht, S.189.

⁵⁸⁴ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.60.

⁵⁸⁵ v.Wächter, Gemeines Recht, S.241.

⁵⁸⁶ Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71, 94, 95.

d) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich

Ein Ende fand diese uneinheitliche Rechtslage erst mit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches. Der erste Deutsche Juristentag hatte in Berlin 1860 gefordert, die strafrechtliche Zersplitterung Deutschlands zu beenden⁵⁸⁷. Daraufhin wurde am 31. Mai 1871 das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund erlassen, das sich stark am Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 orientierte⁵⁸⁸. Nach Gründung des Deutschen Kaiserreichs wurde dieses Gesetzbuch als deutsches Reichsstrafgesetzbuch am 15. Mai 1871 veröffentlicht und trat am 1. Januar 1872 im gesamten Reich in Kraft⁵⁸⁹.

Dieses neue Strafgesetzbuch enthielt keine Sonderregelungen für die Kunstfehler der Ärzte. Hauptgrund hierfür war, dass man durch die strenge Anwendung der allgemeinen Strafbarkeitskriterien eine privilegierte Stellung der medizinischen Heilberufe verhindern wollte, weil angesichts der Freigabe der Heilberufe durch die Gewerbeordnung Leib und Leben der Bevölkerung vielfach durch unqualifizierte Behandlungen gefährdet wurden⁵⁹⁰. Die Strafbarkeit auch der Ärzte für Behandlungsfehler richtete sich somit nach den allgemeinen Vorschriften, die lauteten:

„§ 222. Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft.

Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf 5 Jahre Gefängnis erhöht werden.

§ 230. Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Thalern oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

War der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe auf drei Jahre Gefängnis erhöht werden.

§ 232. Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Uebertretungen einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

§ 360. Mit Geldstrafe bis zu 50 Thalern oder mit Haft wird bestraft: (...)10) Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Noth von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hülfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte.“⁵⁹¹

Eine fahrlässige Tötung konnte auch an einem bereits leidenden Menschen verübt werden, bei dem der Todeseintritt wahrscheinlicher war als bei anderen Menschen, oder an einem Todkranken, selbst wenn der Tod ohne den Eingriff des Beschuldigten zum gleichen Zeitpunkt eingetreten wäre⁵⁹².

Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung trat ferner nicht nur dann ein, wenn die Handlung des Angeschuldigten die alleinige Ursache für den Erfolg war, sondern schon dann, wenn diese einen wesentlichen Beitrag zu dem Erfolg geleistet hatte⁵⁹³.

Der Strafschärfungsgrund bei fahrlässiger Tötung in § 222 Absatz 2 setzte voraus, dass eine besondere Verpflichtung zur Aufmerksamkeit und ein besonderes Ver-

⁵⁸⁷ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.9.

⁵⁸⁸ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.9.

⁵⁸⁹ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.10.

⁵⁹⁰ Dietrich/ Rappmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.155; Rabel, Haftpflicht, S.75.

⁵⁹¹ Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 591.

⁵⁹² Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.486.

⁵⁹³ Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.160, 161.

trauensverhältnis bestanden⁵⁹⁴. Dies wurde insbesondere dann angenommen, wenn eine Person, die die Heilkunde gewerbsmäßig ausübte, durch Fahrlässigkeit den Tod ihres Patienten verursacht hatte, und zwar nicht nur, wenn gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der Heilkunde verstoßen worden war, sondern in allen Fällen der Fahrlässigkeit. Auch ein Mangel der Qualifikation wurde als Fahrlässigkeit angesehen, so dass auch solche Täter unter die Norm subsumiert wurden, die ohne Approbation gewerbsmäßig die Heilkunde betrieben und dabei Menschen schädigten. Die Fahrlässigkeit bestand in diesen Fällen darin, dass der Betreffende den Beruf ohne die nötige Qualifikation ausübte⁵⁹⁵. Diese strenge Haftung und die Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf Nicht-Approbierete war deshalb nötig, da die Gewerbeordnung die Ausübung der Heilkunst ohne Beschränkung freigegeben hatte und die daraus folgenden negativen Folgen bekämpft werden mussten⁵⁹⁶. Die ärztliche Fahrlässigkeit wurde eingeteilt in den Unfleiß und die Unkunst. Unfleiß wurde dann angenommen, wenn entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst der Tod des Patienten durch Unterlassen einer Handlung verursacht worden war, obwohl man ihn hätte verhindern oder zumindest hätte hinauszögern können. Eine Unkunst, die gleich gesetzt wurde mit einem Kunstfehler, wurde dann angenommen, wenn der Tod durch eine positiv falsche, nicht mit den Regeln der ärztlichen Heilkunst in Einklang stehende Behandlung herbeigeführt wurde. In beiden Fällen konnte der Fehler auch darin liegen, dass trotz des Bewusstseins einer fehlenden Qualifikation die Behandlung aufgenommen wurde⁵⁹⁷.

In Bezug auf die Körperverletzung bestand schon damals Uneinigkeit, ob und wann der ärztliche Heileingriff darunter fallen sollte⁵⁹⁸. Eine vorsätzliche Körperverletzung sollte jedoch die Absicht, die Gesundheit zu beschädigen, voraussetzen⁵⁹⁹. Dagegen sollte die Widerrechtlichkeit und damit schon das Vorliegen einer Körperverletzung fehlen, wenn sich die Einwirkung auf den Körper eines anderen in den Grenzen einer gesetzlich anerkannten Berechtigung hielt, wie etwa bei einer nötigen ärztlichen Operation. Sollten aber jene Grenzen überschritten werden, so sollte das Handeln wieder Strafe nach sich ziehen⁶⁰⁰.

Im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung war der Strafschärfungsgrund des § 230 Absatz 2 wie bei der fahrlässigen Tötung auch auf Kurpfuscher anwendbar⁶⁰¹.

3) Sonstige Rechtsquellen

Neben den zivil- und strafrechtlichen Normen existierten im 18. und 19. Jahrhundert einige weitere Rechtsquellen, die für die Haftung der Ärzte zumindest indirekt von Bedeutung sein konnten.

Wie schon erwähnt wurde mit § 29 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 die Ausübung der Heilkunst freigegeben, so dass eine Approbation nur noch für diejenigen erforderlich war, die den Titel Arzt oder einen gleich bedeutenden Titel tragen wollten oder die seitens des Staates oder einer Gemeinde anerkannt und mit amtlichen Funktionen versehen werden wollten⁶⁰².

In Bezug auf die Haftung der Ärzte war auch § 17 des Deutschen Impfgesetzes vom 8. April 1874 von Bedeutung. Er lautete: „Wer bei der Ausübung einer Impfung fahrlässig handelt, wird mit Geldstrafe bis zu 500 Mark oder mit Gefängnisstrafe bis zu 3

⁵⁹⁴ Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.487.

⁵⁹⁵ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.99.

⁵⁹⁶ Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.489.

⁵⁹⁷ Frank, StGB, 1. Auflage, S.257.

⁵⁹⁸ Frank, StGB, 1. Auflage, S.258; Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.491.

⁵⁹⁹ Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.508.

⁶⁰⁰ Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, S.491.

⁶⁰¹ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.101.

⁶⁰² Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 595.

Monaten bestraft, sofern nicht nach dem Strafgesetzbuch eine härtere Strafe eintritt.⁶⁰³ Somit kam eine Strafbarkeit nach dem Impfgesetz nur in Betracht, wenn ein fahrlässiges Handeln bei der Impfung weder den Tod noch die Gesundheitsbeschädigung des Impflings zur Folge hatte⁶⁰⁴.

Zudem existierten auch im 18. und 19. Jahrhundert noch Medizinalordnungen. In vielen Gebieten wurden derartige Regelungen erst erlassen oder aber alte Ordnungen überarbeitet und den neuen Anforderungen angepasst⁶⁰⁵. Im 19. Jahrhundert verfügte jeder der über dreißig verschiedenen Kleinstaaten in Deutschland über seine eigene Medizinalordnung⁶⁰⁶. In Hamburg beispielsweise erging im Jahre 1818 eine neue Medizinalordnung⁶⁰⁷. In Augsburg trat 1801 eine neue Ordnung an die Stelle der alten von 1582, ebenso in Frankfurt, die ihre Vorgängerin von 1612 ablöste und 1841 ihrerseits revidiert wurde⁶⁰⁸. In Bayern erging 1808 ein Edikt über das Medizinalwesen und in Preußen regelte seit 1825 ein Medizinaledikt die Einzelheiten des Gesundheitswesens⁶⁰⁹. Ziel dieser Erlasse war es in erster Linie, die Qualifikation der Heilberufe sicherzustellen⁶¹⁰ und so die allgemeine Gesundheitsfürsorge und die medizinische Versorgung der Bevölkerung zu verbessern⁶¹¹. In Bezug auf die Ärzte und Wundärzte enthielten sie unter anderem Niederlassungs- und Zulassungsbestimmungen⁶¹². Sie waren im wesentlichen Berufs- und Ärzte-Ordnungen, die ethische Fragen, Prüfungsbestimmungen, Gebühren-Ordnungen und Vorschriften aus dem Bereich des Visitationswesens enthielten⁶¹³. Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Ärzte sind nur vereinzelt überliefert. So sah etwa die Medizinalordnung von Hamburg vor, dass einem Wundarzt bei wiederholter nachlässiger oder gewissenloser Behandlung der Patienten oder „bei tief gesunkener Moralität“ neben den gesetzlichen Strafen die Erlaubnis zur Praxis entzogen werden konnte⁶¹⁴.

4) Anwendbares Recht nach den Aussagen einiger zeitgenössischer Autoren

Die dargestellte, recht unübersichtliche Rechtslage sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht spiegelt sich zum Teil auch in den Aussagen zeitgenössischer Autoren wider.

Nur vereinzelt lassen sich dabei Aussagen über die Grundlagen der zivilrechtlichen Haftung finden. So berichtete Authenrieth im Jahre 1846, die Lex Aquilia sei als subsidiäres Recht in Bezug auf die Haftung des Arztes für einen Behandlungsfehler zur Anwendung gekommen⁶¹⁵. Nach Hefke fand das gemeine römische Recht 1886 noch Anwendung auf die Haftung des Arztes für Fehlleistungen⁶¹⁶. Eine Aussage Ortloffs 1888 bestätigte, dass auch zu dieser Zeit auf dem Gebiet des Zivilrechts

⁶⁰³ Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 591.

⁶⁰⁴ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.153.

⁶⁰⁵ Rodegra, Gesundheitswesen, S.14.

⁶⁰⁶ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.13.

⁶⁰⁷ Rodegra, Gesundheitswesen, S.1.

⁶⁰⁸ Rodegra, Gesundheitswesen, S.14.

⁶⁰⁹ Rodegra, Gesundheitswesen, S.14.

⁶¹⁰ Rodegra, Gesundheitswesen, S.193; Rüping, in: Maurer/ Schallenberg, Gesundheitssystem und Politik, S.11, 16.

⁶¹¹ Rodegra, Gesundheitswesen, S.58; Rüping, in: Maurer/ Schallenberg, Gesundheitssystem und Politik, S.11, 16.

⁶¹² Rodegra, Gesundheitswesen, S.58.

⁶¹³ Jung, Arzt und Patient, S.37.

⁶¹⁴ Rodegra, Gesundheitswesen, S.61.

⁶¹⁵ v.Authenrieth, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549, 554.

⁶¹⁶ Hefke, Archiv für praktische Rechtswissenschaften NF 1886, S.113, 149.

das römische gemeine Recht noch Anwendung fand⁶¹⁷. Mair zog 1895 für die Beurteilung der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit die Normen des ALR heran⁶¹⁸.

Die meisten Aussagen beziehen sich auf die strafrechtliche Gesetzeslage. Masius nannte 1812 Artikel 134 der Carolina als Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Ärzte für Behandlungsfehler⁶¹⁹. Gößler berichtete 1814, dass in Preußen die Vorschriften des ALR Grundlage für die Beurteilung ärztlicher Fahrlässigkeit gewesen seien⁶²⁰. Nach Skalley fanden 1818 sowohl die Carolina als auch das ALR auf die Behandlungsfehler der Ärzte Anwendung⁶²¹. Nach Metzger und Remer war die Carolina 1820 auf die fehlerhafte ärztliche Behandlung anwendbar⁶²². Nach Henke konnte die Strafbarkeit des Arztes noch 1830 aus dem ALR abgeleitet werden⁶²³. Er bestätigt auch das Fehlen jeglicher Sondervorschriften in Bezug auf ärztliche Behandlungsfehler im bayerischen Gesetzbuch⁶²⁴. Tott sah 1839 als einzig anwendbare Regelung auf ärztliche Kunstfehler Artikel 134 der Carolina⁶²⁵. Scharlau bestätigte 1840, dass das ALR keine Spezialregelung für die Kunstfehlerhaftung der Ärzte enthalte⁶²⁶. Authenrieth berichtete 1846 vom Fehlen jeglicher strafrechtlicher Sonderbestimmungen⁶²⁷. Nach Casper waren 1857 die Vorschriften des Preussischen Strafgesetzbuches von 1851 auf die Strafbarkeit der Ärzte für Kunstfehler anzuwenden, die die Bestimmungen der Carolina abgelöst hätten⁶²⁸. 1860 führte Kalisch aus, keines der Landesgesetze beinhalte eine spezielle Norm in Bezug auf die Kunstfehlerhaftung der Ärzte⁶²⁹ und in Preußen gelte in diesem Bereich seit Einführung des ALR die Carolina nicht mehr⁶³⁰.

5) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich somit über die Rechtslage in Bezug auf die Arzthaftung im 18. und 19. Jahrhundert sagen, dass sie aufgrund der lange Zeit herrschenden Rechtszersplitterung zunächst recht unübersichtlich war und dass erst mit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches im Jahre 1872 und des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1900 diesbezüglich Besserung eintrat.

Vorher galten im Bereich des Zivilrechts das gemeine Recht und mehrere Naturrechtskodifikationen nebeneinander. Im Strafrecht galt dasselbe, nur dass hier durch noch mehr verschiedene Landesgesetze die Rechtslage noch uneinheitlicher war. Je nach Zeit und Territorium konnten also auf die Haftung des Arztes völlig unterschiedliche Normen Anwendung finden. Vor diesem Hintergrund ist zu verstehen, warum die Aussagen der zeitgenössischen Autoren über das einschlägige Recht so unterschiedlich waren und warum auch in den immer mehr aufkommenden Kunstfehlerverfahren die unterschiedlichsten Normen und Rechtsgrundsätze als Entscheidungsgrundlage dienten.

⁶¹⁷ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.57.

⁶¹⁸ Mair, Supplementband, S.27.

⁶¹⁹ Masius, Lehrbuch, S.120.

⁶²⁰ Gossler, Kranker und Arzt, S.4.

⁶²¹ Krähe, Kunstfehler, S.42.

⁶²² Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.506.

⁶²³ Henke, Abhandlungen, S. 81; Krähe, Kunstfehler, S.64.

⁶²⁴ Henke, Abhandlungen, S.84.

⁶²⁵ Tott, Jahrbuch der Gesamten Staatsarzneikunde 1839, S.581, 591.

⁶²⁶ Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 269.

⁶²⁷ v.Authenrieth, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549, 559.

⁶²⁸ Casper, Handbuch, S.639; Krähe, Kunstfehler, S.82.

⁶²⁹ Kalisch, Kunstfehler, S.33.

⁶³⁰ Kalisch, Kunstfehler, S.37.

III) Einzelne Beispielfälle

1) Fälle ohne Erwähnung der Rechtsgrundlage

Wie bereits erwähnt, gelangten ärztliche Behandlungsfehler manchmal gar nicht an die Öffentlichkeit und die gerichtliche Verfolgung derartiger Fälle begann vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Anfangs waren sie auch noch eher Gegenstand des medizinischen und vor allem des gerichtsmedizinischen, nicht aber des juristischen Interesses. So sind häufig nur die einzelnen Fälle mit ihren medizinischen Feinheiten in der Literatur dargestellt, ohne dass man Wert auf die rechtlichen Aspekte des jeweiligen Falles gelegt hätte. Ab etwa 1840 wurden dann zunehmend auch einzelne Falldarstellungen mit rechtlichen Gesichtspunkten in die Literatur aufgenommen⁶³¹. Vielfach handelte es sich dabei aber um Freisprüche, da aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse im Bereich der Kunstfehler die Beweisführung oft schwierig, wenn nicht sogar unmöglich war. Dann wurde meist nur das Ergebnis der Verfahren mitgeteilt, genaue rechtliche Ausführungen fehlen aber meist.

Um einen Eindruck zu vermitteln, welche Sachverhalte die ersten bekannten Fälle zum Gegenstand hatten, und welche Rechtsfolgen fahrlässigen Ärzten drohten, sollen dennoch beispielhaft einige der früheren veröffentlichten Fälle⁶³² aufgeführt werden.

Ein Fall, der großes Aufsehen erregte, war der sogenannte Pistolenschussfall. Diese Bezeichnung rührte daher, dass ein Wundarzt die Pseudoarthrose einer Knie-scheibe durch einen Pistolenschuss behandelte. Der Arzt bezweckte, einen nicht geheilten Querbruch der rechten Knie-scheibe dadurch zu heilen, dass er mit einem Schuss die Knochenränder und Weichteile erneut verletzte, damit sie dann ordentlich zusammenwüchsen. Er schoss deshalb bei dem fest gelagerten Bein zwischen Knochen und Knie-scheibe hindurch. Die Kugel blieb an der äußeren Knie-scheibe stecken und wurde herausgeschnitten. Hierauf wurde der gerade Schenkelmuskel durchgeschnitten und das Knie entzündete sich erneut und eiterte⁶³³. Nach einer Heilungszeit von mehreren Wochen trat bei dem Kranken eine deutliche Besserung ein, so dass er schon bald längere Zeit ohne Schmerzen laufen konnte. Der Patient selbst erklärte, mit der Behandlung zufrieden zu sein⁶³⁴. Der Arzt war aber bereits von einem mitbehandelnden Arzt angezeigt worden⁶³⁵. Das erste Gutachten des Medizinalkollegiums kam im Rahmen der gerichtlichen Untersuchung zu dem Ergebnis, dass die neue Operationsmethode nicht von vorne herein zu verwerfen sei, dass aber in der Nähe eines Gelenks der Erfolg der Behandlung nur sehr unwahrscheinlich gewesen sei und dass der mögliche Misserfolg in keinem angemessenen Verhältnis zum Ausgangsleiden gestanden hätte⁶³⁶. Deshalb wurde der Wundarzt zunächst verurteilt, nach einem Gutachten der wissenschaftlichen Deputation aber frei gesprochen, obwohl diese ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen war, dass der Arzt eine andere, weniger risikoreiche Behandlungsmethode hätte wählen müssen⁶³⁷. Die Deputation hatte nämlich auch in Betracht gezogen, dass durch das nicht zu billige Verfahren dem Patienten immerhin keine bleibenden Schäden zugefügt worden waren⁶³⁸. Der Wundarzt erhielt nur eine Disziplinarstrafe⁶³⁹.

⁶³¹ Krähe, Kunstfehler, S.40.

⁶³² siehe auch: Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436 ff; Kalisch, Kunstfehler, S.129; Kehr, Kunstfehler, S.172 ff; Kühner, Kunstfehler, S.46 ff, S.110 ff; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.43 ff.

⁶³³ Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 635.

⁶³⁴ Krähe, Kunstfehler, S.85.

⁶³⁵ Krähe, Kunstfehler, S.85.

⁶³⁶ Krähe, Kunstfehler, S.85, 86.

⁶³⁷ Krähe, Kunstfehler, S.86.

⁶³⁸ Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1, 13.

⁶³⁹ Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 635.

Im Jahre 1846 zeigte ein Arzt einen anderen Arzt und einen Chirurgen an, da die unsachgemäße Behandlung einer entzündeten Hand zur Lähmung derselben geführt hätte⁶⁴⁰. Die oberste Landesbehörde, die alle Unterlagen zu dem Fall erhalten hatte, kam in ihrem Gutachten zu dem Ergebnis, dass die beiden Ärzte der durch einen Splitter verletzten Hand nicht die notwendige und angemessene Behandlung hätten zukommen lassen. Da die Patientin aber erst zwei Wochen nach der Verletzung ärztliche Hilfe in Anspruch genommen hatte, und die Hand zu diesem Zeitpunkt schon stark entzündet und vereitert gewesen war, konnte nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob die fahrlässige Behandlung für die eingetretene Unbrauchbarkeit der Hand ursächlich gewesen war, oder ob überhaupt irgendeine Behandlung die schweren Folgen noch hätte verhindern können. Deshalb konnten die Folgen der Handverletzung den Angeschuldigten nicht zugerechnet werden⁶⁴¹. Da jedoch eine Fahrlässigkeit bei der Behandlung fest stand, erhielten die Ärzte von der Gerichtsbehörde einen Verweis und mussten die Kosten des Verfahrens tragen⁶⁴². Unabhängig von der Strafanzeige erhob die Patientin noch eine Entschädigungsklage⁶⁴³. Da eine Fehlbehandlung nicht zu leugnen war, endete das Zivilverfahren mit einem Vergleich, nach dem die Ärzte an die Klägerin zehn Thaler zahlten und alle außergerichtlichen Kosten übernahmen⁶⁴⁴.

In den achtziger Jahren des 18. Jahrhunderts wurde in Berlin der Kurpfuscher Mattes zu zwei Monaten Zuchthaus verurteilt und ihm wurde untersagt, sich in Zukunft in irgendeiner Weise medizinisch zu betätigen. Grund hierfür war, dass man ihm nachweisen konnte, in zwei Fällen die Gesundheit der Patienten durch Sorglosigkeit schwer geschädigt zu haben⁶⁴⁵. Er hatte einer Frau mit einem Geschwür in der Brust zur Heilung ein dubioses Zaubermittel gegeben und hatte einen an Wassersucht leidenden Mann davon abgehalten, einen Arzt zu konsultieren, ihn aber nur mit unwirksamen Mitteln behandelt. Zwar konnte in beiden Fällen die Behandlung als Ursache für den Tod beider Kranker nicht eindeutig nachgewiesen werden, man sah es aber als erwiesen an, dass der Pfuscher beide Kranke davon abgehalten hatte, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Weil er dadurch die Gesundheit seiner Patienten erheblich geschädigt hatte, hielt das Gericht eine strenge Bestrafung für angebracht⁶⁴⁶.

Auch wenn die ersten mitgeteilten Fälle kaum Aufschluss über die genaue rechtliche Beurteilung der ärztlichen Behandlungsfehler geben, so zeigen sie doch, dass die rechtliche Verfolgung dadurch beeinflusst wurde, dass man aufgrund fehlender medizinischer Kenntnisse keine eindeutige Beweislage herbeiführen konnte. Auf der anderen Seite wird aber auch deutlich, dass man trotz der tatsächlichen Schwierigkeiten durchaus nicht immer zu einem Freispruch kommen musste. Beachtlich ist auch die Tatsache, dass Verfahren gegen Ärzte häufig nicht von den betroffenen Patienten sondern von Kollegen eingeleitet wurden. Auch wird erkennbar, dass das Kurpfuschertum nicht nur eine hypothetische Gefahr darstellte.

2) Verschiedene Fälle mit Nennung der Entscheidungsgrundlage

Aus dem 19. Jahrhundert sind aber auch einige Fälle überliefert, die Aufschluss über die genaue rechtliche Einordnung der ärztlichen Behandlungsfehler geben⁶⁴⁷.

⁶⁴⁰ Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436, 447.

⁶⁴¹ Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436, 453.

⁶⁴² Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436, 453, 454.

⁶⁴³ Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436, 454.

⁶⁴⁴ Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436, 457.

⁶⁴⁵ Kehr, Kunstfehler, S.175.

⁶⁴⁶ Kehr, Kunstfehler, S.175.

⁶⁴⁷ siehe auch: Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218 ff; Mair, Supplementband, S.2, 27, 42, 77, 80, 111; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.48 ff.

Davon sollen einzelne, die in der Literatur besondere Berücksichtigung gefunden haben, kurz zusammengefasst werden.

Der älteste genau überlieferte Fall ereignete sich ungefähr im Jahre 1770. Ein Arzt wurde auf der Grundlage der Carolina dazu verurteilt, auf seinen Honoraranspruch zu verzichten, an den Patienten 100 Reichstaler Schadensersatz zu zahlen und die Prozesskosten zu übernehmen⁶⁴⁸. Der Chirurg hatte den Patienten wegen eines Nasengeschwürs behandelt, das er jedoch nicht heilen konnte, und das die gesamte Nase zerstörte hatte. Der entstellte, als Schuhmacher tätige Patient hatte deshalb seine Ehefrau und seine Kundschaft verloren. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, der Chirurg wäre nach der Medizinalordnung verpflichtet gewesen, einen studierten Arzt hinzuzuziehen, was er aber unterlassen hatte. Darin wurde seine Pflichtverletzung gesehen, und die Frage, ob die Behandlung als solche fehlerhaft gewesen war, blieb offen⁶⁴⁹.

In einem Fall aus dem Jahre 1834 wurde ein Chirurg wegen fahrlässiger Tötung zu einer einjährigen Festungshaft, sowie zum Tragen aller außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten verurteilt⁶⁵⁰. Der Arzt hatte bei einem Patienten einen Abszess im Knie diagnostiziert und deshalb eine Operation vorgenommen, um diesen zu entfernen. Dabei zog er unter Verstoß gegen die ärztlichen Sorgfaltspflichten keinen zweiten Arzt hinzu, benutzte kein gereinigtes Werkzeug, legte sich kein sauberes Verbandsmaterial bereit und versorgte die Wunde nach dem Eingriff mangelhaft, so dass der Patient verblutete⁶⁵¹. Als Rechtsgrundlage für diese Entscheidung wurden das römische Recht und Artikel 134 der Carolina genannt⁶⁵². Die Medizinalbehörde entzog ihm neben der strafrechtlichen Verurteilung außerdem die Befugnis für jegliche medizinische oder chirurgische Praxis⁶⁵³.

Im Jahre 1869 wurde in einem ähnlichen Fall ein Wundarzt vom Preußischen Obergericht nach § 184 des Preußischen Strafgesetzbuches wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Er war zu einem Kranken gerufen worden, bei dem er den nötigen Verband nicht anlegte, so dass der Patient verblutete. Er wurde verurteilt, weil der Patient überlebt hätte, wenn der Arzt die notwendige medizinische Maßnahme vorgenommen hätte⁶⁵⁴.

Am 12. April 1882 traf das Reichsgericht eine Entscheidung, die zwei bedeutsame allgemeine Aussagen enthielt. Zum ersten machte es deutlich, dass für einen Arzt bei einer Behandlung jeweils der aktuelle Wissensstand maßgeblich sein müsse, er sich also nicht auf Erkenntnisse berufen durfte, die nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft als generell falsch galten. Wendete er als veraltet bekannte Methoden an, so erfüllte seine Behandlung die Voraussetzungen einer Fahrlässigkeit im Sinne des § 232 Absatz 2 StGB⁶⁵⁵. Zum zweiten stellte das Reichsgericht klar, dass die §§ 222 und 230 Absatz 2 StGB auch auf Kurpfuscher Anwendung fänden, falls diese die Heilkunde als Gewerbe betrieben und dabei die wissenschaftlich anerkannten Regeln der Heilkunst außer Acht ließen⁶⁵⁶. Der Gesetzgeber habe nämlich genau deshalb auf privilegierende Vorschriften für Ärzte verzichtet, um eine Gefährdung der Bevölkerung durch Kurpfuscher streng ahnden zu können⁶⁵⁷.

⁶⁴⁸ Kehr, Kunstfehler, S.29.

⁶⁴⁹ Kehr, Kunstfehler, S.29, 30.

⁶⁵⁰ Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218, 269.

⁶⁵¹ Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218, 303 bis 306.

⁶⁵² Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218, 306.

⁶⁵³ Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218, 307.

⁶⁵⁴ Goldammer's Archiv 1869, S.440, 441; Mair, Supplementband, S.26.

⁶⁵⁵ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.23.

⁶⁵⁶ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.23.

⁶⁵⁷ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.23.

Im August 1882 wurde ein Lübecker Arzt zu vier Monaten Gefängnis wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 230 StGB verurteilt. Er hatte ein an Atemnot leidendes Kind mehrfach mit heißen Tüchern auf dem Hals behandelt, wodurch dieses sehr schwere Verbrennungen erlitt. Das Kind verstarb 26 Tage später. Ob der Tod jedoch durch die Verbrennungen verursacht wurde, konnte nicht mit der hinreichenden Sicherheit gesagt werden⁶⁵⁸.

Diese Fälle zeigen, dass auch im 19. Jahrhundert noch die verschiedensten Rechtsgrundlagen zur Anwendung kamen, und dass die Rechtsprechung allmählich begann, auch allgemein anwendbare Grundsätze aus einzelnen Fällen abzuleiten.

3) Herausragende Einzelentscheidungen

Es gab unter den im 19. Jahrhundert ergangenen Entscheidungen vor allem zwei, die nicht nur in der Literatur erhebliche Beachtung fanden, sondern auch für die Fortentwicklung der Arzthaftung von besonderer Bedeutung waren.

a) Der Fall Horn

Der erste der beiden Fälle war das Verfahren gegen Dr. Horn von der Charité in Berlin, das wegen der Stellung des Arztes und dem Ruf des betroffenen Krankenhauses eines der spektakulärsten dieser Zeit war⁶⁵⁹. Es zog viele literarische Abhandlungen nach sich, die die Grundlage für die Kunstfehlerdiskussion im 19. Jahrhundert bildeten⁶⁶⁰, und brachte damit die juristische Diskussion um die mit den ärztlichen Behandlungsfehlern verbundenen Rechtsfragen in Gang.

Ernst Horn war seit 1806 zweiter Arzt an der schon damals sehr renommierten Charité in Berlin und hatte ständig Auseinandersetzungen mit dem ebenfalls dort tätigen Wundarzt Dr. Heinrich Kohlrausch⁶⁶¹. Im August 1811 kam die 21-jährige, an einer unbestimmten psychischen Krankheit leidende Louise Thiele in das Krankenhaus zur Behandlung⁶⁶². Sie wurde dort von Dr. Horn mit den damals in der Psychiatrie gängigen Mitteln wie Wechselbädern, Brechmitteln, Wassergüssen und Fesselung in einer Zwangsjacke behandelt⁶⁶³. Daneben wurde die Patientin bei besonders schlimmen Anfällen in einen Sack gebunden und auf den Boden gelegt. Während einer solchen Behandlung mit dem Sack verstarb die Patientin am ersten September 1811⁶⁶⁴. Ein Verwandter erstattete über diesen Vorgang Anzeige bei dem königlichen Kammergericht. Dieses wurde jedoch nicht tätig, weil es keinen gewaltsam verschuldeten Tod annahm⁶⁶⁵. Dr. Kohlrausch aber wandte sich in einem Brief an einen hohen preußischen Beamten, bezichtigte hierin Dr. Horn der grausamen und unmenschlichen Behandlung und bezeichnete diese auch als Ursache für den Tod der Patientin Thiele⁶⁶⁶. Daraufhin wurde das Kammergericht angewiesen, die Untersuchungen aufzunehmen⁶⁶⁷. Als dieses nach einem Dr. Horn entlastenden Gutachten die Ermittlungen einstellen wollte⁶⁶⁸, intervenierte das Innenministerium, und das Kammergericht musste das Gutachten zweier weiterer Fachleute einholen. Einer der Gutachter bestätigte die Methoden des Dr. Horn als allgemein üblich⁶⁶⁹ und sah als Todesursache nicht die Erstickung der Patientin in dem Sack, sondern den so-

⁶⁵⁸ Kühner, Kunstfehler, S.95 bis 99.

⁶⁵⁹ Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 346.

⁶⁶⁰ Krähe, Kunstfehler, S.38.

⁶⁶¹ Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 346.

⁶⁶² Henke, Abhandlungen, S.164.

⁶⁶³ Henke, Abhandlungen, S.167, 169.

⁶⁶⁴ Kalisch, Kunstfehler, S.4.

⁶⁶⁵ Kalisch, Kunstfehler, S.11.

⁶⁶⁶ Kalisch, Kunstfehler, S.4.

⁶⁶⁷ Kalisch, Kunstfehler, S.7.

⁶⁶⁸ Kalisch, Kunstfehler, S.12.

⁶⁶⁹ Henke, Abhandlungen, S.186, 187.

genannten Schlagfluss⁶⁷⁰. Der Sack sei luftdurchlässig gewesen und ein allgemein übliches, schonendes und Erfolg versprechendes Mittel⁶⁷¹. Da auch weitere Sachverständige den Angeschuldigten entlasteten, wurde Dr. Horn vom Kammergericht 1812 freigesprochen⁶⁷². Dr. Kohlrausch aber wurde verdächtigt, die Tatsachen im Rahmen einer Intrige vorsätzlich falsch dargestellt zu haben⁶⁷³. Dies konnte ihm jedoch nicht nachgewiesen werden⁶⁷⁴. Dr. Horn wurde durch den Freispruch rehabilitiert und wurde sogar befördert. Dr. Kohlrausch verließ die Charité 1813⁶⁷⁵.

Neben dem Aufsehen, das der Fall bei den Zeitgenossen erregte, und der Bedeutung als Anstoß für die Kunstfehlerdiskussion zeigt er auch sehr deutlich, wie sehr die Verantwortlichkeit der Mediziner von den medizinischen Kenntnissen der jeweiligen Zeit abhängig war und ist. Dr. Horn wäre für seine rabiaten Behandlungsmethoden wohl nicht lange Zeit später kaum freigesprochen worden.

b) Erste grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts

Der zweite Fall von besonderer Bedeutung war die Entscheidung des Reichsgerichts am 23. Mai 1894⁶⁷⁶. Sie war die für die Entwicklung des Arzthaftungsrechts bedeutendste Entscheidung des Reichsgerichts und wird zum Teil in der Literatur als die „Geburtsstunde des Arztrechts“⁶⁷⁷ bezeichnet. Hier bezog das höchste deutsche Gericht im lange schwelenden Streit der Literatur erstmals Stellung und ordnete die ärztliche Heilbehandlung strafrechtlich als Körperverletzung ein. Diese Richtung hat die Rechtssprechung bis heute trotz heftiger Kritik in der Literatur beibehalten. Die Entscheidung war somit wegweisend für die zukünftige strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Kunstfehler.

Ihr lag folgender Fall zugrunde: Ein Oberarzt hatte einer minderjährige Patientin gegen den erklärten Willen ihres Vaters wegen einer tuberkulösen Vereiterung des Fußwurzelknochens den kranken Fuß amputiert⁶⁷⁸. Wäre die Operation unterblieben, so hätte der Patientin nach Beurteilung des Arztes im schlimmsten Fall ein chronisches Siechtum oder sogar ein tödlicher Ausgang gedroht⁶⁷⁹. Um diese Folgen zu verhindern wäre der Eingriff aber nicht unbedingt sofort erforderlich gewesen⁶⁸⁰. Obwohl die Patientin sich wieder vollständig erholte⁶⁸¹, wurde der Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung angeklagt.

Die Fassung der damals in Betracht kommenden Normen des Strafgesetzbuches lautete:

„ § 222. Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Wenn der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängnis erhöht werden.“⁶⁸²

⁶⁷⁰ Henke, Abhandlungen, S.195.

⁶⁷¹ Henke, Abhandlungen, S.190, 201, 202.

⁶⁷² Henke, Abhandlungen, S.206, 207.

⁶⁷³ Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 349.

⁶⁷⁴ Kalisch, Kunstfehler, S.29; Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 349.

⁶⁷⁵ Kalisch, Kunstfehler, S.29.

⁶⁷⁶ RGSt 25, S.375 ff.

⁶⁷⁷ Schlund, VersR 1994, S.657, 657.

⁶⁷⁸ vgl. Heinz, Kunstfehlergutachten, S.88; RGSt 25, S.375, 376.

⁶⁷⁹ vgl. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.105, Fn.3; RGSt 25, S.375, 376.

⁶⁸⁰ vgl. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.109; RGSt 25, S.375, 376.

⁶⁸¹ RGSt 25, S.375, 377.

⁶⁸² Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.153.

„ § 223. Wer vorsätzlich einen anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängnis nicht unter einem Monat zu erkennen.

Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs oder mittels eines hinterlistigen Überfalls oder von mehreren gemeinschaftlich oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein.

§ 224. Hat die Körperverletzung zur Folge, dass der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem der beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit, verliert oder in nicht unerheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahre zu erkennen.

§ 225. War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen.

§ 226. Ist durch die Verletzung der Tod des Verletzten verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.⁶⁸³

„ § 230. Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu 900 Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Wenn der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf drei Jahre Gefängnis erhöht werden.

§ 231. In allen Fällen der Körperverletzung kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegenden Buße bis zu einem Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine anerkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus.

Für diese Buße haften die zu derselben Verurteilten als Gesamtschuldner.

§ 232. Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie durch Fahrlässigkeit verursachten Körperverletzungen (§§ 223 und 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs-, und Gewerbepflicht begangen worden ist.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist Zurücknahme des Antrages zulässig.⁶⁸⁴

Das Landgericht Hamburg sprach den Angeklagten in der ersten Instanz frei und argumentierte, eine Gesundheitsschädigung oder Misshandlung im Sinne des § 223 StGB liege nicht vor, da die Operation den Gesundheitszustand der Patientin nicht verschlechtert, sondern im Gegenteil verbessert hätte. Auch wäre es schon von der Begrifflichkeit her völlig widersprüchlich, eine zweckmäßige, vernünftige und notwendige Behandlung als Misshandlung zu qualifizieren⁶⁸⁵.

Der 3. Senat des Reichsgerichts hob jedoch den Freispruch auf und verwies an das Instanzgericht zurück. Dem zu Heilzwecken vorgenommenen chirurgischen Eingriff könne nicht schon deshalb der Charakter einer Misshandlung im Sinne des § 223 StGB fehlen, weil der allgemeine Sprachgebrauch unter einer Misshandlung im Regelfall ein böses oder schlimmes, niemals aber ein vernünftiges oder zweckmäßiges Handeln verstehe. Jedes per se normwidrige Handeln bleibe so lange rechtswidrig,

⁶⁸³ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.105, Fn.2.

⁶⁸⁴ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.154, 155.

⁶⁸⁵ RGSt 25, S.375, 377.

so lange kein selbständiges Recht die Norm zu Gunsten des Handelnden einschränke⁶⁸⁶. Keiner sei dazu berufen, aufgrund seiner Überzeugungen oder Fähigkeiten die Interessen seines Mitmenschen besser zu verstehen als dieser selbst und dürfe deshalb auch nicht ohne rechtliche Befugnis, wenn auch zum Zwecke gut gemeinter Heilversuche, in dessen körperliche Integrität eingreifen. Eine Körperverletzung könne nur dann straflos bleiben, wenn sie vom Willen des Patienten gedeckt werde, ein zu derartigen Eingriffen berechtigendes Berufsrecht des Arztes existiere nicht⁶⁸⁷. Ein solches verneinte das Reichsgericht deshalb, weil mit der weitgehenden Freigabe des Arztberufs durch die Gewerbeordnung die alten öffentlich-rechtlichen Pflichten des Ärztestandes weggefallen seien und demzufolge auch keine Sonderrechte dieses Berufsstandes mehr angenommen werden könnten⁶⁸⁸. Jeder Arzt, der ohne ein bestehendes Vertragsverhältnis oder ohne mutmaßliche Einwilligung des Kranken oder eines anderen Berechtigten vorsätzlich eine Körperverletzung zu Heilzwecken verübe, erfülle rechtswidrig den Tatbestand des § 223 StGB⁶⁸⁹, besonders aber dann, wenn er gegen den erklärten Willen des Patienten oder seines Vertreters handle⁶⁹⁰. Einen anderen Rechtfertigungsgrund als die vorherige Einwilligung des Patienten oder seines dazu befugten Vertreters komme nicht in Betracht⁶⁹¹.

Mit dieser Grundsatzentscheidung war der Weg für die spätere Rechtsprechung bereitet, die Diskussionen in der Literatur über die strafrechtliche Einordnung ärztlicher Heileingriffe aber noch lange nicht zum Verstummen gebracht.

IV) Diskussionsgegenstände in der Literatur

Nach den bisherigen Ausführungen begann die Veröffentlichung ärztlicher Behandlungsfehler vor allem im 19. Jahrhundert. Noch 1853 beklagte ein zeitgenössischer Autor allerdings, die Verantwortlichkeit der Ärzte wegen fehlgeschlagener Heilbehandlungen fände in der Literatur nur mäßige Beachtung⁶⁹². Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stieg auch das Interesse der Wissenschaft an dieser Thematik. Dies führte schließlich zu einer fast unübersehbaren Vielzahl an Veröffentlichungen und Abhandlungen zu den verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der rechtlichen Erfassung und Verfolgung ärztlicher Behandlungsfehler⁶⁹³.

1) Begriff des Kunstfehlers

Zunächst begann eine rege Diskussion darüber, was überhaupt unter einem Kunstfehler zu verstehen sei. Vor allem nach dem Fall Horn suchte man nach einer Definition, die den Sachverhalt allgemein verständlich und genau umschreiben konnte⁶⁹⁴. Vorher hatte man die verschiedensten Umschreibungen, wie etwa „uebel curirte und verderbte Kranckheit“, „unrechte Behandlung“ oder „ärztliche Vergehungen“ gebraucht⁶⁹⁵. Der Ursprung des Begriffs Kunstfehler liegt wohl in der „unkunst“ der Carolina⁶⁹⁶.

⁶⁸⁶ vgl. Heinz, Kunstfehlergutachten, S.88; RGSt 25, S.375, 378.

⁶⁸⁷ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.88; RGSt 25, S.375, 378.

⁶⁸⁸ vgl. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.107; RGSt 25, S.375, 379.

⁶⁸⁹ vgl. Heinz, Kunstfehlergutachten, S.89; RGSt 25, S.375, 378.

⁶⁹⁰ vgl. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, S.108; RGSt 25, S.375, 382.

⁶⁹¹ RGSt 25, S.375, 387.

⁶⁹² Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1, 1.

⁶⁹³ Krähe, Kunstfehler, S.40.

⁶⁹⁴ Krähe, Kunstfehler, S.53.

⁶⁹⁵ Krähe, Kunstfehler, S.53.

⁶⁹⁶ Krähe, Kunstfehler, S.54.

Der älteste Text, in dem der Begriff Kunstfehler verwendet wurde, stammt, wie bereits erwähnt, aus dem Jahre 1797⁶⁹⁷. Fahner definierte dort den Begriff des Kunstfehlers als „Vergehungen gegen die von den Lehrern der Arzneikunst als zuverlässig und allgemein angenommenen Regeln der gesamten Arzneikunst“⁶⁹⁸, jedoch ohne näher auf ihn einzugehen oder sich damit auseinander zu setzen, ob man solche allgemein anerkannten Regeln tatsächlich aufstellen könne.

Auch Casper gebrauchte den Begriff des Kunstfehlers, worunter er als Fallgruppen die Unwissenheit und die Fahrlässigkeit zählte. Da Casper aber annahm, dass keine allgemein verbindlichen Regeln für die Heilkunst aufgestellt werden könnten, versuchte er, den Begriff des Kunstfehlers anders zu definieren⁶⁹⁹. Nach seiner Begriffsbestimmung handelte ein Arzt „kunstwidrig, wenn er im gegebenen Falle ein Verfahren am Krankenbette (Gebärbette) eingeschlagen hat, welches ganz und gar abweichend ist von dem, das die überwiegende Mehrzahl aller Aerzte seiner Zeit in eben solchem, oder einem, diesem ganz ähnlichen Fall befolgt, und das die überwiegende Mehrzahl aller medicinischen Lehrer und Schriftsteller seiner Zeit für solchen Fall als das richtige bezeichnet.“⁷⁰⁰. Er versuchte mit der Begründung für diese Definition zugleich, die möglichen Einwände dagegen zu antizipieren und zu entkräften. Er führte nämlich aus, der Nachweis dafür, welches Verfahren die Mehrzahl der Ärzte anwendet, könne durch ein Gutachten der höheren Medizinalbehörde erbracht werden⁷⁰¹. Auch werde der medizinische Fortschritt nicht gehemmt, da jede neue Behandlungsmethode, die auf wissenschaftlichen Erkenntnissen basiere und mit der nötigen Vorsicht und Sorgfalt geprüft werde, zu einem positiven Erfolg führen und somit keinen Anlass für eine Bestrafung bieten werde⁷⁰².

In der Literatur stieß Casper auf Kritik. Seine Gegner gaben unter anderem zu bedenken, dass man mit seiner Definition zu sehr ungerechten Ergebnissen kommen könne, weil ein Arzt, der eine von der herrschenden Lehre abweichende Heilmethode mit Erfolg angewendet habe, trotzdem wegen Verstoßes gegen die allgemeine Ansicht strafrechtlich belangt werden könnte⁷⁰³. Sie zweifelten auch daran, dass sich die Ansicht der Mehrheit tatsächlich verlässlich feststellen lasse, da die dazu berufenen Gutachter wohl stets die Richtung als die herrschende angeben würden, der sie selbst angehörten⁷⁰⁴. Auch das Gegenargument Caspers in Bezug auf die Hemmung des ärztlichen Fortschritts war insofern nicht vollständig überzeugend, da der Erfolg einer medizinischen Behandlung von vielen, auch teilweise vom Arzt nicht beherrschbaren Faktoren abhängt und deshalb nicht zum entscheidenden Kriterium für die Beurteilung ärztlicher Pflichterfüllung gemacht werden kann. Zumindest aber regte Casper mit seiner Begriffsbestimmung die wissenschaftliche Diskussion an.

Die bekannteste und bereits in der Einführung zitierte Definition Virchows lautete, dass ein Arzt dann einen strafbaren Kunstfehler begehe, wenn „aus Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht gegen allgemein anerkannte Regeln der Heilkunst verstoßen ist.“⁷⁰⁵. Das Neue an der Ansicht Virchows lag darin, dass er als erster annahm, als Kriterium für einen Kunstfehler ließen sich, wenn auch in begrenztem Umfang, allgemein anerkannte Regeln der Heilkunst aufstellen⁷⁰⁶. Voraussetzung für eine solche Annahme waren die großen medizinischen Fortschritte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die das Gebiet der Heilkunde beherrschba-

⁶⁹⁷ Krähe, Kunstfehler, S.54.

⁶⁹⁸ Fahner, Handbuch, Band II, S.162.

⁶⁹⁹ Krähe, Kunstfehler, S.82.

⁷⁰⁰ Casper, Handbuch, S.648, 649; Krähe, Kunstfehler, S.83.

⁷⁰¹ Casper, Handbuch, S.649.

⁷⁰² Casper, Handbuch, S.650; Krähe, Kunstfehler, S.83.

⁷⁰³ Kalisch, Kunstfehler, S.159.

⁷⁰⁴ Kalisch, Kunstfehler, S.161.

⁷⁰⁵ Krähe, Kunstfehler, S.92.

⁷⁰⁶ Krähe, Kunstfehler, S.95, 106.

rer erscheinen ließen⁷⁰⁷. Die Definition Virchows wirkte sich stark auf nachfolgende Autoren aus. Die Definition von Oesterlen lautete etwa: „Ein Arzt hat sich eines strafbaren Kunstfehlers schuldig gemacht, wenn er, obgleich er sich in der Lage befand, welche ihm die freie Benützung seiner Kenntnisse und Fertigkeiten gestattete, dennoch einen seiner Behandlung anvertrauten Kranken dadurch beschädigt oder getötet hat, dass er in seinem Tun oder Lassen gegen allgemein anerkannte Kunstregeln verstieß, während er doch den Fall richtig erkannt hatte oder bei Anwendung der gewöhnlichen Kenntnisse und Fertigkeiten richtig erkannt und den Fehler vermieden haben würde.“⁷⁰⁸ Er sah aber die Zahl der allgemein anerkannten Regeln wie Virchow ebenfalls als sehr begrenzt an⁷⁰⁹.

Ein anderer Autor nahm an, eine genaue Definition des Kunstfehlers lasse sich schwer finden. Deshalb wählte er als relativ allgemein gehaltene Umschreibung: „Unter ärztlichen Kunstfehlern im Allgemeinen hat man jene Fälle zu verstehen, in denen Medicinalpersonen, meist in der besten Absicht zu nützen, Berufshandlungen oder Unterlassungen begehen, welche anscheinend oder erwiesenermaßen einen schlechten oder schädlichen Erfolg haben.“⁷¹⁰

Seit dem 18. Jahrhundert wurde der Begriff des Kunstfehlers somit zwar benutzt und immer wieder neu definiert. Er war aber auch nicht selten Gegenstand der Kritik. Häufig angeführt wurde dabei, das Wort „Kunst“ vertrage sich nicht mit der auf naturwissenschaftlichen Erkenntnissen beruhenden sachlichen Medizin, sondern stehe in erster Linie für die schöpferische Tätigkeit des Menschen auf den Gebieten der Musik, Malerei oder Literatur. Dem kann und konnte jedoch entgegengehalten werden, dass das Wort „Kunst“ früher eine andere, wesentlich weitere Bedeutung hatte. In der Antike umfasste der Begriff die verschiedensten Disziplinen, wie etwa die Dialektik, die Arithmetik, die Architektur, die Heilkunst, den Ackerbau und die Strategik⁷¹¹. Unter Kunst verstand man somit die Fähigkeit, etwas sachverständig herzustellen⁷¹². Vor allem aber wurden derartige Begriffsbestimmungen häufig aus dem Grunde abgelehnt, dass man überwiegend davon ausging, nach dem jeweiligen Stand der Medizin sei es unmöglich, allgemein verbindliche Regeln als Maßstab für die ärztliche Heilbehandlung aufzustellen⁷¹³. Deshalb verneinte auch der überwiegende Teil der Ärzteschaft gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Möglichkeit einer Definition des ärztlichen Kunstfehlers. Im Rahmen eines Vortrags auf dem XV. Deutschen Ärztetag in Dresden 1887 war ein Referent der Ansicht, eine allgemeine Bestimmung des Kunstfehlerbegriffs sei nicht möglich, und die Grenzen der zulässigen ärztlichen Tätigkeit könnten weder vom Gesetzgeber noch seitens der Wissenschaft festgelegt werden. Der Ärztetag fasste darüber zunächst zwar keinen Beschluss, im darauf folgenden Jahr jedoch fand ein entsprechender Antrag eine knappe Mehrheit⁷¹⁴. Dieser Einwand mag bei jeweils neueren Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durchaus seine Berechtigung haben. Dennoch mussten sich auch damals schon aus dem zunehmenden Wissen und der wachsenden Erfahrung einige allgemein anerkannte Grundsätze über ärztliche Pflichten ableiten lassen, die als Maßstab für das ärztliche Handeln und damit auch die Annahme von Behandlungsfehlern dienen konnten.

⁷⁰⁷ Krähe, Kunstfehler, S.107.

⁷⁰⁸ Heinz, Kunstfehlergutachten, S.85.

⁷⁰⁹ Krähe, Kunstfehler, S.98.

⁷¹⁰ Krähe, Kunstfehler, S.100.

⁷¹¹ Krähe, Kunstfehler, S.54.

⁷¹² Krähe, Kunstfehler, S.55.

⁷¹³ Krähe, Kunstfehler, S.95.

⁷¹⁴ Krähe, Kunstfehler, S.105.

2) Verfolgbarkeit ärztlicher Fehlleistungen

Hintergrund dieses Streits über die Begrifflichkeit war eigentlich die Frage, ob und wenn ja, welche Konsequenzen an einen solchen ärztlichen Fehler zu knüpfen wären. Es wurden in der Literatur hierzu im Wesentlichen drei verschiedene Ansätze vertreten, die sich aber nur in Bezug auf fahrlässig begangene Kunstfehler unterschieden. Sollte die Schädigung des Patienten vorsätzlich gewesen sein, war man sich allgemein darüber einig, dass in einem solchen Fall wie bei jedem anderen Täter die allgemeinen Strafgesetze zur Anwendung kommen sollten⁷¹⁵.

a) Strafrechtliche Sanktionen bei ärztlichen Behandlungsfehlern

Zusammenfassend kann man sagen, dass die meisten Autoren in den Fällen der ärztlichen Fahrlässigkeit strafrechtliche Konsequenzen befürworteten.

Ein Teil der Autoren dachte zwar auch daran, die approbierten Ärzte von der strafrechtlichen Haftung zu befreien, weil sie aufgrund ihrer staatlichen Zulassung auf einem bestimmten Gebiet Gewähr dafür böten, sich mit der nötigen Fachkenntnis zum Wohle der Patienten einzusetzen. Den Ärzten könnte vielmehr, sollten sie trotzdem einmal aus Unwissenheit einen Fehler begehen, nur die Zulassung entzogen werden. Die eigentliche Schuld sei dann nämlich unter Umständen in der unzureichenden Prüfung durch die Zulassungsbehörde zu sehen, und deshalb müssten nur die dafür Verantwortlichen gestraft werden⁷¹⁶. Letztlich aber nahm man von diesem Gedanken wieder Abstand, weil es auch unter den Ärzten solche gebe, bei denen die obige Vermutung nicht zutreffe, sondern die vielmehr aus Unwissenheit, mangelnder Sorgfalt oder sogar mit Vorsatz andere schädigten. Deshalb sollte es zum Schutze der Bürger nach überwiegender Ansicht bei der Verantwortlichkeit aller Medizinalpersonen bleiben⁷¹⁷.

aa) Tatbestandliche Voraussetzungen

Da man somit großteils eine Strafbarkeit für ärztliche Kunstfehler als notwendig erachtete, versuchte man, deren Voraussetzungen festzulegen.

Dabei war man sich zunächst überwiegend darüber einig, dass die größte Schwierigkeit darin liege, dass man keine allgemeinen Regeln als Maßstab für die ärztliche Berufsausübung aufstellen könne.

Viele Autoren, wie Skalley und Remer, waren der Ansicht, beim Stand der Wissenschaft ihrer Zeit könne an allgemein verbindliche Grundsätze lange nicht gedacht werden. Es gebe zu viele Ansichten und Richtungen in der Medizin, um eine gemeinsame Richtschnur festlegen zu können⁷¹⁸. Auch die ständig zu verzeichnenden Fortschritte, die Verschiedenheit der individuellen Fälle⁷¹⁹ und die ständig neu entdeckten Krankheiten⁷²⁰ stünden allgemeinen Regeln entgegen⁷²¹. Umgekehrt könnten auch verbindliche Regeln für die Ausübung der Heilkunst den medizinischen Fortschritt hemmen, da der Arzt dann beim Abweichen vom allgemein Anerkannten

⁷¹⁵ Henke, Abhandlungen, S.141; Krähe, Kunstfehler, S.44, 46; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.510; Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 356; Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 596; Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 48, 49.

⁷¹⁶ Fahner, Handbuch, Band II, S.163.

⁷¹⁷ Fahner, Handbuch, Band II, S.163.

⁷¹⁸ Henke, Abhandlungen, S.133; Krähe, Kunstfehler, S.41; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.506; Skalley, Zurechnung, S.2.

⁷¹⁹ Henke, Abhandlungen, S.128.

⁷²⁰ Henke, Abhandlungen, S.132.

⁷²¹ Henke, Abhandlungen, S.133; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.506.

Gefahr liefe, strafrechtlich belangt zu werden⁷²². Da man sich also der Schwierigkeiten bei der rechtlichen Beurteilung bewusst war, zum Schutz der Patienten aber auf eine Strafbarkeit auch nicht völlig verzichten wollte, forderte man, die Fälle, in denen sich ein Arzt strafbar machen konnte ganz genau festzulegen. Grund dafür, dass eine Strafbarkeit der ärztlichen Kunstfehler nur begrenzt angenommen wurde⁷²³, war außerdem, dass ein vom Staat approbierter Arzt stets die Vermutung der Rechtschaffenheit auf seiner Seite haben sollte⁷²⁴. Zudem war man sich der Tatsache bewusst, dass die Kausalität zwischen der Behandlung und der Schädigung meist schwer nachzuweisen⁷²⁵ und auch die Situation, in der der Arzt die Entscheidung hatte treffen müssen nur schwer rekonstruierbar war⁷²⁶. Auch seien Ärzte häufig Opfer missgünstiger Kollegen oder zahlungsunwilliger Patienten, die unbegründet Anklage erheben würden⁷²⁷.

Einzelne Autoren legten deshalb ganz genaue Fallgruppen fest, um die strafbare Fahrlässigkeit der Ärzte zu begrenzen. Sie sahen in der Regel nur bei grober Fahrlässigkeit Raum für eine strafrechtliche Haftung des Arztes, so etwa Skalley⁷²⁸, Henke⁷²⁹, Mittermaier⁷³⁰, Remer⁷³¹ und Kühner⁷³². Der Arzt sollte nur dann für einen Behandlungsfehler einstehen, wenn schwere Verstöße gegen medizinisches Grundwissen vorlägen⁷³³, und er die schädliche Wirkung der Behandlung habe vorhersehen können⁷³⁴ oder bei Beachtung der allgemeinen Kenntnisse und Fertigkeiten den Fehler hätte vermeiden können⁷³⁵. Eine Verantwortlichkeit wurde auch angenommen bei Überschreiten der für seinen Bereich festgelegten Zuständigkeiten⁷³⁶, bei Heileingriffen in betrunkenem Zustand, bei Verlassen eines dringend hilfsbedürftigen Patienten und bei Übertragung der Behandlung auf einen nicht approbierten Gehilfen⁷³⁷. Eine grobe Fahrlässigkeit sollte zudem dann vorliegen, wenn der Arzt sich nicht an die Regeln einer anerkannten Richtung der Medizin halte⁷³⁸ oder wenn er zu Heilmethoden greife, zu denen er aufgrund seiner Approbation für eine andere Richtung gar nicht berechtigt gewesen wäre⁷³⁹. Teilweise sollten bei der Beurteilung der Strafbarkeit auch noch besondere Umstände berücksichtigt werden, so etwa die subjektive Verfassung des Arztes, also beispielsweise der körperlichen Zustand des Arztes bei Vornahme des Eingriffs⁷⁴⁰.

⁷²² Henke, Abhandlungen, S.141; Krähe, Kunstfehler, S.42, 46; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.507; Skalley, Zurechung, S.4.

⁷²³ Kühner, Kunstfehler, S.76.

⁷²⁴ Kühner, Kunstfehler, S.57; Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 356.

⁷²⁵ Henke, Abhandlungen, S.102; Kühner, Kunstfehler, S.57; Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 356.

⁷²⁶ Henke, Abhandlungen, S.101.

⁷²⁷ Kühner, Kunstfehler, S.67.

⁷²⁸ Skalley, Zurechung, S.9.

⁷²⁹ Henke, Abhandlungen, S.142.

⁷³⁰ Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 355.

⁷³¹ Krähe, Kunstfehler, S.44.

⁷³² Kühner, Kunstfehler, S.57.

⁷³³ Henke, Abhandlungen, S.103, 159; Krähe, Kunstfehler, S.43, 44; Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 356; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.510, 511; Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 608; Skalley, Zurechung, S.10, 30.

⁷³⁴ Skalley, Zurechung, S.12.

⁷³⁵ Henke, Abhandlungen, S.143; Krähe, Kunstfehler, S.100; Kühner, Kunstfehler, S.77.

⁷³⁶ Henke, Abhandlungen, S.102; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.512.

⁷³⁷ Krähe, Kunstfehler, S.44, 52; Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.167, 191, 192; Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346, 356.

⁷³⁸ Henke, Abhandlungen, S.103; Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft, S.511.

⁷³⁹ Henke, Abhandlungen, S.103.

⁷⁴⁰ Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 609; Krähe, Kunstfehler, S.98.

Diese grundsätzliche Beschränkung der ärztlichen Strafbarkeit auf die Fälle einer groben Fahrlässigkeit änderte sich im Ergebnis auch dadurch nicht, dass einzelne Autoren begannen, allgemein gültige Regeln für die ärztliche Berufsausübung zumindest begrenzt für möglich zu halten. Denn auch die Anhänger dieser neueren Ansicht wollten an dem Grundsatz festhalten, dass Ärzte nur begrenzt für Behandlungsfehler strafrechtlich verfolgt werden sollten. Die Neuerung lag im Wesentlichen darin, dass an die Stelle einer Aufzählung von Einzelfällen eine allgemeine Definition der groben ärztlichen Fahrlässigkeit trat.

Virchow war der erste, der annahm, es gebe zwar keine allgemein verbindlichen, abschließenden Regeln für die Ausübung der Heilkunst, dass sich aber dennoch einige einzelne Erkenntnisse etwa bei der Dosierung von Arzneimitteln oder bei chirurgischen Eingriffen in Regeln fassen ließen. Somit sah er die Strafbarkeit auf solche Fälle beschränkt an, in denen die Gefährlichkeit einer Maßnahme erwiesen und bekannt war, mithin auf Fälle der groben Fahrlässigkeit. Durch diese Einschränkung sah er auch die Strafbarkeit auf ein Maß beschränkt, das den wissenschaftlichen Fortschritt nicht hemmen könne⁷⁴¹. Außerdem sollte den Tatsachen Rechnung getragen werden, dass im medizinischen Bereich Fehler unvermeidbar wären, und dass bei der ständigen Weiterentwicklung der Medizin nicht jeder Arzt ständig auf dem allerneuesten Stand sein könne⁷⁴². Virchow schlug zur Umsetzung seiner Ansätze folgenden Zusatz als Modifikation der einschlägigen Strafvorschriften vor: „Auf technische Handlungen oder Unterlassungen, welche approbierte Medicinal-Personen in Ausübung ihres Berufes begehen, finden diese Bestimmungen nur dann Anwendung, wenn dabei aus Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht gegen allgemein anerkannte Regeln der Heilkunst verstoßen ist.“⁷⁴³.

Ortloff schloss sich insofern der Ansicht Virchows an, als auch er annahm, allgemein anerkannte Regeln der Heilkunde könnten aus der Jahrhunderte langen Erfahrung auf dem Gebiet der Medizin und einigen nachweisbaren Naturgesetzen gezogen werden⁷⁴⁴. Er wies zudem darauf hin, dass jeweils die Besonderheiten des Einzelfalls und die besonderen Erfahrungen des einzelnen Arztes Berücksichtigung finden müssten⁷⁴⁵. Dabei ging er nicht von einem eigenen Begriff des Kunstfehlers aus, sondern setzte ihn mit dem Begriff der Fahrlässigkeit gleich. Maßstab hierfür sollten die erwähnten allgemeinen Regeln sein. Seien solche nicht nachweisbar, so sollte der Arzt freigesprochen werden⁷⁴⁶. Nach Ortloff sollten die Ärzte aber nicht nur für Fahrlässigkeit, sondern in bestimmten Fällen auch für Unwissenheit verantwortlich gemacht werden können. Da die Ärzte zu den Berufsgruppen gehörten, die strafrechtlich zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet seien, müssten sie sich auf dem neuesten Stand der Wissenschaft halten. Sollten sie gegen diese Pflicht in Bezug auf allgemeine Grundregeln verstoßen, so könne das strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen⁷⁴⁷. Er wich somit von den bisherigen Ansichten insofern ab, als er die Strafbarkeit nicht mehr nur auf die grobe Fahrlässigkeit beschränken wollte.

bb) Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Um trotz der Annahme der Strafbarkeit den Besonderheiten der ärztlichen Berufsausübung Rechnung tragen zu können, schlugen einzelne Stimmen zusätzlich zur tatbestandlichen Begrenzung der Strafbarkeit auch die Einführung verfahrensrechtlicher Besonderheiten vor.

⁷⁴¹ Krähe, Kunstfehler, S.93; Virchow, in: Eser/ Künschner, S.43, 51.

⁷⁴² Virchow, in: Eser/ Künschner, S.43, 47.

⁷⁴³ Krähe, Kunstfehler, S.92; Virchow, in: Eser/ Künschner, S.43, 50, 51.

⁷⁴⁴ Ortloff, Fahrlässigkeit, S.38, Fn.

⁷⁴⁵ Krähe, Kunstfehler, S.96; Ortloff, Fahrlässigkeit, S.38, Fn.

⁷⁴⁶ Krähe, Kunstfehler, S.96; Ortloff, Fahrlässigkeit, S.49.

⁷⁴⁷ Krähe, Kunstfehler, S.96; Ortloff, Fahrlässigkeit, S.41, 43, 44, 45, 48.

Zum Teil wurde vorgeschlagen, schon die Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens von besonderen Voraussetzungen abhängig zu machen. Zum Schutz vor Verleumdungen sollte nach Oesterlen ein Gerichtsverfahren nämlich erst eingeleitet werden, nachdem das Gutachten eines Medizinalkollegiums das Vorliegen eines Kunstfehlers bestätigt hatte⁷⁴⁸. Zudem sollte eine strafrechtliche Verfolgung leichter Pflichtverletzungen immer vom Antrag des Betroffenen abhängig gemacht werden⁷⁴⁹.

Nach Fahner sollten in verschiedenen Fallgruppen von Arzthaftungsprozessen verschiedene Gerichte zuständig sein, entweder das Medizinalgericht oder die ordentlichen Gerichte.

Das Medizinalgericht sollte tätig werden, wenn der Fall nach der Medizinalordnung strafbar und der zugrunde liegend Sachverhalt noch nicht völlig aufgeklärt worden war. Das Medizinalgericht sollte ferner dann eingeschaltet werden, wenn nur Ärzte in der Lage wären, den Sachverhalt richtig zu erkennen, die Normen darauf anzuwenden und dann die angemessene Strafe festzusetzen⁷⁵⁰.

Das Zivil- oder Strafgericht sollte zuständig sein, wenn aufgrund der Schwere der Folgen der Patient oder dessen Angehörige gegen die wirtschaftlichen Folgen der Arbeitsunfähigkeit oder den Verlust des Ernährers abgesichert werden mussten⁷⁵¹, wenn eine Schädigung des Betroffenen aus Bosheit oder grober Pflichtverletzung schwere Folgen nach sich gezogen hatte, oder wenn aus sonstigen besonderen Umständen neben dem Entzug der Approbation eine weitere Sanktion erforderlich war⁷⁵². Eine öffentliche Ahndung sah der Autor auch dann als notwendig an, wenn es sich um eine wiederholte Pflichtwidrigkeit trotz bereits zuvor erfolgter Sanktionen handelte⁷⁵³.

In manchen Fällen sollte aber auch ein bloßer Verweis oder eine geringfügige Strafe ausreichend sein⁷⁵⁴. Nämlich dann, wenn ein sonst geschickter und gewissenhafter Arzt aus Übereilung oder menschlicher Schwäche einen Fehler begangen hatte, wenn die Folgen der Pflichtverletzung nicht schwerwiegend waren, wenn es sich um einen sehr zweifelhaften Fall handelte und die falsche Entscheidung dem Arzt nicht zum Vorwurf gemacht werden konnte, wenn dem Arzt gewichtige Entschuldigungsgründe zur Seite gestanden hätten oder wenn weder grobe Unwissenheit noch böse Absicht nachgewiesen werden konnten⁷⁵⁵. Sollte es danach trotzdem zu einem gerichtlichen Verfahren kommen, forderte Fahner, die Kunstfehler dürften nicht von Rechtsgelehrten, sondern müssten von einem Gremium beurteilt werden, das nach ganz bestimmten Kriterien ausgewählt werden sollte. Die Mitglieder dieses Gremiums sollten über die nötigen medizinischen Kenntnisse, Unparteilichkeit, Wahrheitsliebe und Gerechtigkeitsliebe verfügen, um zu einer gerechten und sachgemäßen Beurteilung der Kunstfehler zu kommen⁷⁵⁶. Beim Abfassen eines Urteils sollten außerdem der Charakter, das Talent, die Erfahrungen und die Kenntnisse des Beschuldigten Berücksichtigung finden⁷⁵⁷. In Fällen, in denen ein Kunstfehler nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden könne, sollte die Entscheidung zu Gunsten des Arztes ausfallen⁷⁵⁸.

⁷⁴⁸ Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589, 600.

⁷⁴⁹ Krähe, Kunstfehler, S.99.

⁷⁵⁰ Fahner, Handbuch, Band II, S.179.

⁷⁵¹ Fahner, Handbuch, Band II, S.179.

⁷⁵² Fahner, Handbuch, Band II, S.180.

⁷⁵³ Fahner, Handbuch, Band II, S.181.

⁷⁵⁴ Fahner, Handbuch, Band II, S.179.

⁷⁵⁵ Fahner, Handbuch, Band II, S.180.

⁷⁵⁶ Fahner, Handbuch, Band II, S.175.

⁷⁵⁷ Fahner, Handbuch, Band II, S.175.

⁷⁵⁸ Fahner, Handbuch, Band II, S.176.

In die gleiche Richtung ging auch der Vorschlag Henkes. Nach ihm sollte das Vorliegen einer ärztlichen Fahrlässigkeit von unabhängigen Sachverständigengremien überprüft werden⁷⁵⁹. Diese sollten feste Fragen beantworten, nämlich, ob wirklich ein Kunstfehler vorliege, ob dieser die Gesundheitsverletzung oder den Tod verursacht habe, und inwiefern der Angeklagte den Fehler aufgrund seiner Kenntnisse und Fertigkeiten hätte vermeiden können⁷⁶⁰. Henke forderte zum Schutz der Ärzte zudem, der Ankläger solle wegen Verleumdung bestraft werden, wenn dem angeklagten Arzt ein Kunstfehler nicht nachgewiesen werden konnte⁷⁶¹.

Mit diesen Vorschlägen versuchte man also, den Umständen des jeweiligen Falles gerecht zu werden und eine möglichst sachkundige und dadurch gerechte Be- und gegebenenfalls Verurteilung zu bewirken.

b) Ausschluss einer Strafbarkeit der Ärzte

Die Gründe, aus denen ein Teil der Literatur eine strafrechtliche Verfolgbarkeit ärztlicher Kunstfehler entgegen der herrschenden Meinung gänzlich ablehnte oder nur in ganz besonders restriktiv gefassten Ausnahmen zulassen wollte, waren mehrere.

Zum ersten sah etwa Vogler die Gefahr, den Ärzten durch eine strafrechtliche Verfolgung eine strengere Haftung aufzubürden als anderen staatlichen Berufszweigen, obwohl auch bei anderen Berufen zwar nicht das menschliche Leben, aber doch wesentliche Lebensfaktoren wie der Wohlstand ganzer Familien oder Gemeinden oder das Lebensglück oder die Ehre vieler Menschen auf dem Spiel stehen könnten⁷⁶². Auch betont er, dass Ärzte verpflichtet seien, in allen Fällen zu helfen, selbst wenn nur sehr wenig oder gar keine Aussicht auf Besserung bestehe. Damit wäre eine Haftung häufig unangemessen⁷⁶³. Zudem wies neben Vogler auch Scharlau darauf hin, dass der Erfolg oder Misserfolg einer ärztlichen Behandlung nicht selten von äußeren Faktoren wie dem Verhalten der Kranken selbst beeinträchtigt werde, auf die der Arzt selbst keinerlei Einfluss nehmen könne⁷⁶⁴. Vogler sah als Gefahr der strafrechtlichen Ahndung außerdem, dass die Ärzte aus Angst vor den Konsequenzen einer Fehlbehandlung zu Lasten der Patienten diese entweder übermäßig behandeln oder von risikoreichen Eingriffen Abstand nehmen könnten⁷⁶⁵. Ein anderer Autor, Scharlau, gab des Weiteren zu bedenken, häufig würden durch ein Strafverfahren der gute Ruf des betroffenen Arztes und damit auch seine Existenzgrundlage dauerhaft zerstört⁷⁶⁶. Er vertrat zudem die Ansicht, allgemein gültige Regeln als Maßstab zur Bestimmung der strafrechtlich relevanten Fahrlässigkeit seien für den medizinischen Bereich aufgrund der sich ständig wandelnden Erkenntnisse unmöglich⁷⁶⁷. Ähnlich führte Schürmayer aus, es sei wegen der ständigen Weiterentwicklung der Medizin und der begrenzten Auffassungsgabe der Menschen undenkbar, ein verbindliches Grundwissen für staatliche Prüfungen aufzustellen und Fehler bei der Behandlung Kranker zu vermeiden⁷⁶⁸. Da somit nicht einmal die staatliche Zulassung Gewähr für die Qualität der Behandlung bieten könnte, dürften Kunstfehler nicht strafrechtlich geahndet werden und könnten es zudem auch vielfach auch aufgrund von Beweisschwierigkeiten nicht⁷⁶⁹. Kalisch sah die Gefahr, dass Strafbe-

⁷⁵⁹ Henke, Abhandlungen, S.144.

⁷⁶⁰ Henke, Abhandlungen, S.147; Krähe, Kunstfehler, S.47.

⁷⁶¹ Krähe, Kunstfehler, S.47.

⁷⁶² Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 34, 35.

⁷⁶³ Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 36, 37.

⁷⁶⁴ Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 267, 268; Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 37.

⁷⁶⁵ Krähe, Kunstfehler, S.49; Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 39, 40.

⁷⁶⁶ Krähe, Kunstfehler, S.50; Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 270.

⁷⁶⁷ Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 262.

⁷⁶⁸ Krähe, Kunstfehler, S.49.

⁷⁶⁹ Krähe, Kunstfehler, S.50.

stimmungen bezüglich der ärztlichen Fahrlässigkeit die Fortschritte der Medizin hemmen könnten⁷⁷⁰.

Auch wenn sie die strafrechtliche Ahndung somit grundsätzlich ablehnten, wollten auch die Vertreter der Mindermeinung ärztliche Kunstfehler nicht gänzlich unsanktioniert lassen. Zuständig für die rechtliche Verfolgung sollten aber in erster Linie die Disziplinarbehörden sein⁷⁷¹. Die Überprüfung ärztlicher Behandlungsfehler sollte ausschließlich auf die staatliche Aufsichtsbehörde für das Medizinalwesen übertragen werden, die Disziplinarstrafen verhängen⁷⁷² oder in besonders schweren Fällen gerichtliche Untersuchungen einleiten sollte⁷⁷³. Die Ärzte sollten, außer in Fällen grober Pflichtverletzungen, eine Belehrung oder Zurechtweisungen durch die Medizinalbehörde erhalten⁷⁷⁴. Die Sanktionen sollten dann zur Anwendung kommen, wenn es sich bei dem festgestellten Kunstfehler um einen einfachen Fall handelte und die Behandlung nicht unter Beachtung der allgemeinen Kenntnisse und der angebrachten Sorgfalt erfolgt war⁷⁷⁵. Bei Kunstfehlern aus Unwissenheit sollte dem Arzt lediglich eine „medizinisch-polizeiliche Sicherheitsmaßregel“ drohen⁷⁷⁶. Um die Ärzte vor ungerechtfertigten Disziplinarmaßnahmen und Verleumdungen zu schützen, sollte das Vorliegen eines Kunstfehlers von drei verschiedenen Kollegien untersucht werden⁷⁷⁷.

Vereinzelte Stimmen, so etwa Schürmayer, wollten bei Kunstfehlern den Geschädigten dagegen ausschließlich zivilrechtlichen Schadensersatz gewähren⁷⁷⁸.

c) Alternative Überlegungen

Einen neuen Ansatz verfolgten Thierfelder, Remer und Skalley. Sie wollten an Stelle der Untersuchung begangener Kunstfehler oder zusätzlich hierzu Maßnahmen zur Vermeidung derartiger Fälle einführen⁷⁷⁹. Sie regten an, die Qualität der ärztlichen Ausbildung durch eine strengere Vorauswahl bei der Zulassung zur Universität zu steigern⁷⁸⁰. Der Staat sollte außerdem zur Verbesserung der medizinischen Lage Verordnungen zur Verhütung von Kunstfehlern erlassen⁷⁸¹ und die einzelnen Aufgaben der verschiedenen ärztlichen Berufe genau gesetzlich abgrenzen⁷⁸². Ergänzend hierzu sollten die Medizinalbehörden mit mehr fähigem Personal besetzt und zur effektiveren Ausübung ihrer Überwachungsfunktion angehalten werden⁷⁸³. Zudem wurden wirksame Maßnahmen gegen das Kurpfuschertum gefordert⁷⁸⁴.

d) Zusammenfassung

Obwohl die verschiedenen Ansichten teilweise stark voneinander abwichen, ist ihnen dennoch gemeinsam, dass alle Autoren für die Schädigung der Patienten durch Kunstfehler gewisse Sanktionen forderten. Am ehesten dürfte aber insgesamt der ersten Ansicht zuzustimmen sein. Diese war wohl am besten geeignet, den Rechts-

⁷⁷⁰ Kalisch, Kunstfehler, S.32.

⁷⁷¹ Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 48.

⁷⁷² Krähe, Kunstfehler, S.49, 50.

⁷⁷³ Krähe, Kunstfehler, S.49; Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 48, 49.

⁷⁷⁴ Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 272.

⁷⁷⁵ Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 270.

⁷⁷⁶ Vogler, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1828, S.29, 48, 49.

⁷⁷⁷ Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260, 272.

⁷⁷⁸ Krähe, Kunstfehler, S.50.

⁷⁷⁹ Thierfelder, Medicinischer Argos 1842, S.161, 163.

⁷⁸⁰ Henke, Abhandlungen, S.98; Skalley, Zurechung, S.7; Thierfelder, Medicinischer Argos 1842, S.161, 163, 167.

⁷⁸¹ Thierfelder, Medicinischer Argos 1842, S.161, 164.

⁷⁸² Thierfelder, Medicinischer Argos 1842, S.161, 166.

⁷⁸³ Henke, Abhandlungen, S.98; Krähe, Kunstfehler, S.51; Skalley, Zurechung, S.7; Thierfelder, Medicinischer Argos 1842, S.161, 164.

⁷⁸⁴ Skalley, Zurechung, S.7.

frieden wieder herzustellen, was ja nicht zuletzt durch die Tatsache belegt wird, dass auch die Rechtssprechung strafrechtliche Konsequenzen für ärztliche Kunstfehler anordnete. Da sich nach diesem Ansatz die Strafbarkeit zudem auf grobe Pflichtverstöße beschränken sollte, die Fallgruppen der Strafbarkeit genau umschrieben waren und auch die Beweisschwierigkeiten ausreichend berücksichtigt wurden, dürfte damit den Interessen sowohl der Ärzte als auch der Patienten ausreichend Rechnung getragen worden sein.

3) Strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung

Auch wenn man sich somit weitgehend darüber einig war, dass strafrechtliche Sanktionen nicht ganz ausgeschlossen werden sollten, so begann auf dieser Grundlage eine heftige Diskussion, wie die ärztlichen Kunstfehler strafrechtlich zu erfassen wären. Kernpunkt des Streits in der Literatur war die Frage, ob die ärztliche Heilbehandlung eine strafrechtliche Körperverletzung darstelle und als solche zu bestrafen sei.

a) Ärztliche Heilbehandlung nicht immer als Straftatbestand

Die Mindermeinung in der Literatur lehnte die Anwendbarkeit der Körperverletzungsvorschriften auf die ärztliche Behandlung zwar nicht gänzlich ab, unterschied aber streng zwischen erfolgreichen und misslungenen Maßnahmen.

aa) *Gelungene Heilbehandlung*

Im Falle eines erfolgreichen Ausgangs einer ärztlichen Behandlung könne ein Arzt deshalb nicht wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafbar sein, weil die ärztliche Behandlung dann schon tatbestandlich keine Körperverletzung im strafbaren Sinne darstellen könne⁷⁸⁵. Die mittels Stich oder Schnitt durchgeführte Operation scheine zwar äußerlich eine Verletzung zu sein. Da aber allgemein für eine Verletzung der Charakter einer Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung erforderlich sei, könne ein gelungener ärztlicher Eingriff schon aus diesem Grund niemals einer Verletzung gleich gestellt werden⁷⁸⁶.

Eine Misshandlung könne nur dann angenommen werden, wenn der Betroffene unangemessen, übel und schlimm behandelt werde. Bei Einhalten der Regeln der Heilkunst könne niemals eine solche unangemessene Behandlung angenommen werden, wobei die herrschende Meinung in der Medizin als Maßstab dienen könne⁷⁸⁷. Auch stehe einer Einordnung als Misshandlung entgegen, dass der Zustand des Kranken den Eingriff des Arztes notwendig mache⁷⁸⁸.

Der nach den Regeln der Kunst vorgenommene Heileingriff stelle außerdem auch keine Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223 StGB dar⁷⁸⁹. Die notwendigen Zwischenschritte auf dem Weg zur Heilung dürften nicht isoliert betrachtet werden, um nicht einen nach allgemeinem Rechtsempfinden einheitlichen Sachverhalt künstlich aufzuspalten⁷⁹⁰. Man käme ja auch bei anderen Berufen nicht auf die Idee, die einzelnen Arbeitsschritte als einzelne Straftaten, etwa bei einem Schneider als Aufeinanderfolge von Sachbeschädigungen, zu ahnden⁷⁹¹. Eine Gesundheitsschädigung im Sinne der Körperverletzungsvorschriften könne man außerdem nur dann annehmen, wenn ein Schaden oder Nachteil eingetreten sei, mit dem man üblicher-

⁷⁸⁵ Heimberger, Strafrecht, S.6; Stooß, DJZ 1899, S.184, 184; Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 56.

⁷⁸⁶ Heimberger, Strafrecht, S.37; Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 56.

⁷⁸⁷ Heimberger, Strafrecht, S.39, 41.

⁷⁸⁸ Heimberger, Strafrecht, S.43.

⁷⁸⁹ Heimberger, Strafrecht, S.44.

⁷⁹⁰ Heimberger, Strafrecht, S.45.

⁷⁹¹ Heimberger, Strafrecht, S.46.

weise nicht zu rechnen brauchte. Die mit einer ärztlichen Behandlung verbundenen Nachteile folgten aber gerade aus der Natur dieser Eingriffe. Die eintretenden Folgen seien auch nicht Ergebnis der Behandlung, sondern hätten ihren Ursprung in der Erkrankung, die nicht in den Einflussbereich des Arztes falle⁷⁹². Eine Körperverletzung setze überdies stets eine Schädigung als eine Veränderung im negativen Sinne voraus, wovon bei einer Besserung oder Heilung des als Ganzes zu beurteilenden Körpers nicht gesprochen werden könne⁷⁹³.

Nicht jeder Eingriff in die körperliche Integrität eines anderen stelle somit eine Körperverletzung dar⁷⁹⁴. Auch laufe die Gegenansicht mit ihren mannigfachen Rechtfertigungsversuchen Gefahr, die Grenzen zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Körperverletzungen in diesem Bereich zu verwischen⁷⁹⁵. Sie führe auch nicht zuletzt dazu, dass der Arzt, der handelt, um anderen zu helfen, auf eine Stufe gestellt wird mit dem Raufbold, der in feindseliger Absicht dem anderen schaden wolle⁷⁹⁶. Somit widerspreche die Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung als Körperverletzung nicht nur dem Rechtsgefühl der Mediziner⁷⁹⁷, sondern auch dem allgemeinen Rechtsempfinden⁷⁹⁸.

Auch wenn diese Ansicht das Vorliegen einer Körperverletzung im Falle einer gelungenen Heilbehandlung also ablehnt, so will sie dennoch eine Grenze für die ärztliche Tätigkeit dadurch aufstellen, dass der Arzt zur Rechtmäßigkeit seiner Handlungen der Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters bedürfe⁷⁹⁹. Greife ein Arzt in die Unversehrtheit des Patienten ohne eine entsprechende Zustimmung ein, so trage die daraus resultierende Heilung zwar nicht den Charakter einer Körperverletzung⁸⁰⁰. Der Verstoß gegen den Willen des Patienten müsse dann aber als Verstoß gegen die persönliche Freiheit geahndet werden⁸⁰¹ und sei unter Umständen nach den Vorschriften über die Nötigung oder Freiheitsberaubung strafbar⁸⁰².

bb) Misslungene ärztliche Maßnahme

Anders verhalte sich dies allerdings bei einem misslungenen Eingriff. Hier liege eine tatbestandsmäßige Körperverletzung vor, da der Zustand des Patienten objektiv nicht verbessert werde. Auch Rechtfertigungsgründe griffen dann nicht ein⁸⁰³.

Es liege in diesem Fall aber keine vorsätzliche, sondern nur eine fahrlässige Körperverletzung vor. Die beabsichtigte ärztliche Behandlung stelle aus den oben genannten Gründen ja per se keine Körperverletzung dar und der Arzt habe bei Vornahme der Behandlung den Erfolg und nicht den eingetretenen Misserfolg beabsichtigt. Dieser auf die Besserung des Gesundheitszustandes bezogene Vorsatz werde durch den Misserfolg der Maßnahme nicht geändert⁸⁰⁴. Da der Arzt aber bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass sein Handeln eine Gesundheitsschädigung des Patienten verursachen könnte, so

⁷⁹² Stooß, DJZ 1899, S.184, 185.

⁷⁹³ v.Angerer, MMW 1899, S.351, 352.

⁷⁹⁴ Heimberger, Strafrecht, S.37.

⁷⁹⁵ Stooß, DJZ 1899, S.184, 186.

⁷⁹⁶ v.Angerer, MMW 1899, S.351, 351.

⁷⁹⁷ Stooß, DJZ 1899, S.184, 186.

⁷⁹⁸ v.Angerer, MMW 1899, S.351, 355.

⁷⁹⁹ Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 60.

⁸⁰⁰ Heimberger, Strafrecht, S.55.

⁸⁰¹ Stooß, DJZ 1899, S.184, 185.

⁸⁰² Heimberger, Strafrecht, S.56.

⁸⁰³ Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 57.

⁸⁰⁴ Stooß, DJZ 1899, S.184, 186.

sei er im Falle des misslungenen Eingriffs wegen fahrlässiger Körperverletzung zu bestrafen⁸⁰⁵.

cc) Stellungnahme

Diese Auffassung ist abzulehnen, da sie zum einen im Falle der gelungenen ärztlichen Eingriffe zu Strafbarkeitslücken führen kann. Sollte der Arzt nämlich erfolgreich, aber gegen oder ohne den Willen des Patienten gehandelt haben, so könnte er nur strafrechtlich belangt werden, wenn sein Handeln unter den Tatbestand der Nötigung oder Freiheitsberaubung fallen würde. Die recht hoch angesetzten Voraussetzungen dieser Tatbestände dürften im Regelfall nicht erfüllt werden. Dies könnte gerade in den Fällen, in denen der Patient seinen Willen wegen Bewusstlosigkeit oder anderen Umständen nicht äußern kann, zur Folge haben, dass dessen hypothetischer Wille leicht umgangen werden könnte, ohne dass der Arzt sich nach den Freiheitsdelikten strafbar machen würde. Ein ausreichender Schutz der Patienten vor eigenmächtigen Eingriffen wäre daher nicht gewährleistet. Zum anderen dürfte diese Ansicht auch den Interessen der Ärzte zuwider laufen. Ihre Strafbarkeit nach den Körperverletzungsvorschriften hänge davon ab, ob die Behandlung erfolgreich war oder nicht, also von einem Umstand, auf den die Ärzte nur begrenzt Einfluss nehmen können, da er außer von ihrem Können von vielen anderen Faktoren, wie dem Verhalten des Patienten, Umwelteinflüssen und der schicksalsbedingten Krankheitsentwicklung abhängig ist. Diese Ansicht käme also zu einem Ergebnis, das den Interessen beider Seiten nicht ausreichend gerecht wird.

b) Die ärztliche Heilbehandlung als Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuchs

Auch die Mehrzahl der Autoren nahm an, eine Operation oder eine andere Heilmaßnahme stelle einen Eingriff dar, der den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung erfülle. Ein ärztlicher Eingriff beinhalte nämlich auch bei einem erfolgreichen Ausgang immer als Zwischenschritt eine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 StGB. Der Vorsatz des Arztes, das Ergebnis durch eine objektiv als Körperverletzung zu wertende Handlung herbeizuführen, sei von der grundsätzlichen Heilungsabsicht zu unterscheiden. Der Vorsatz beziehe sich nämlich auch dann auf einen Erfolg, wenn zwar dieser Erfolg nicht die Absicht des Handelns gewesen sei, er aber dennoch vorhergesehen werden konnte⁸⁰⁶. Da somit der Vorsatz alle diese Zwischenschritte umfasse, könne sich ein Arzt bei Misslingen der Behandlung wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafbar machen, auch wenn er grundsätzlich in der Absicht gehandelt habe, dem Kranken zu helfen⁸⁰⁷.

Dennoch sollte der Arzt bei erfolgreichen Eingriffen mangels Rechtswidrigkeit derselben nicht wegen Körperverletzung strafbar sein. Es wurden allerdings verschiedene Ansätze dazu vertreten, aus welchem Rechtsgrund ein Arzt in die körperliche Unversehrtheit eines Kranken eingreifen dürfe⁸⁰⁸.

aa) Ärztliches Berufsrecht als Rechtfertigungsgrund

Die überwiegende Ansicht versuchte, die Straflosigkeit der Eingriffe mithilfe eines sogenannten ärztlichen Berufsrechts zu begründen⁸⁰⁹. Dieses sei daraus ableitbar, dass der Staat Einrichtungen fördere, in denen die Ärzte entweder ausgebildet würden oder in denen ihnen eine Wirkungsstätte geschaffen werde⁸¹⁰. Vor allem aber erteile der Staat den Ärzten durch die Approbation die Erlaubnis zu ihrem Han-

⁸⁰⁵ Heimberger, Strafrecht, S.50, 62.

⁸⁰⁶ Heimberger, Strafrecht, S.44.

⁸⁰⁷ Heimberger, Strafrecht, S.49.

⁸⁰⁸ Heimberger, Strafrecht, S.5; Stooß, DJZ 1899, S.184, 184.

⁸⁰⁹ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.14; Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 56.

⁸¹⁰ v.Angerer, MMW 1899, S.351, 354; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.14.

deln⁸¹¹. Für das Berufsrecht als Rechtfertigungsgrund wurde außerdem angeführt, dass es auf alle Bereiche ärztlicher Tätigkeit übertragbar sei⁸¹².

Gegen diesen Ansatz wurde eingewendet, dass er so allgemein nicht gelten könne. Zum ersten sei nicht jeder Heileingriff eines approbierten Arztes rechtmäßig, sondern nur der, der auch kunstgerecht ausgeführt wurde⁸¹³. Zum zweiten könne ein kunstgerechter Eingriff eines Nichtarztes nur wegen dessen fehlender Approbation nicht rechtswidrig sein⁸¹⁴. Die bloße Ausübung der Heilkunde könne aber ebenso wenig wie die Approbation als Kriterium herangezogen werden, da die Grenze zwischen beruflicher und gelegentlicher Ausübung schwer zu ziehen sei, und zudem auch diese Unterscheidung wiederum zu einer Benachteiligung derer führen könne, die zwar nur gelegentlich aber erfolgreich Kranke heilen⁸¹⁵. Die Annahme eines ärztlichen Berufsrechts beantworte außerdem nicht die Frage, warum die staatliche Approbation einen Beruf straflos machen solle, dessen Inhalt das Begehen an sich strafbarer Handlungen ausmache⁸¹⁶. Auch könne alleine die Approbation als Grundlage des rechtfertigenden Berufsrechts deshalb nicht ausreichen, weil sie zwar das Handeln des Arztes gegenüber dem Staat rechtfertige, gegenüber dem Patienten die Rechtmäßigkeit des Eingriffs aber zusätzlich durch eine Einwilligung desselben hergestellt werden müsse⁸¹⁷. Gegen das ärztliche Berufsrecht spricht außerdem, dass dieses weder rechtlich fixiert noch gewohnheitsrechtlich anerkannt und damit ein zu unbestimmtes Kriterium ist, um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit davon abhängig machen zu können.

bb) Gewohnheitsrecht als Rechtfertigungsgrund

Zum Teil versuchte man auch, die Rechtmäßigkeit ärztlicher Heileingriffe mit dem Gewohnheitsrecht zu begründen⁸¹⁸. An der Berechtigung ärztlicher Eingriffe bestünden nämlich von Alters her keine Zweifel. Zwar habe sich der Charakter der Eingriffe geändert und durch das gesteigerte Wissen seien auch die damit verbundenen Gefahren gestiegen. Das habe aber an der grundsätzlichen, allgemeinen Rechtsauffassung nichts ändern können⁸¹⁹. Der Grundsatz, dass im Strafrecht das Gewohnheitsrecht nicht gelte, sei nicht anzuerkennen, da er selbst nicht gesetzlich fixiert sei und zudem gerechte Ergebnisse in der Rechtssprechung verhindere⁸²⁰. Das Gewohnheitsrecht sollte dabei nur der grundsätzlichen Rechtfertigung des Eingriffs dienen. Grundlage dieses Gewohnheitsrechts sollte der vom Arzt mit der Behandlung verfolgte Zweck sein⁸²¹. Um spezielle Eingriffe im Einzelfall als rechtmäßig gelten zu lassen, sollten jedoch je nach dem vom Arzt verfolgten Zweck und je nach den Umständen des Falles weitere Voraussetzungen nötig sein⁸²². Bei ärztlichen Maßnahmen zu Heilzwecken sollte bei einem operativen Eingriff jeden Schweregrades grundsätzlich auch die Einwilligung des Patienten erforderlich sein⁸²³. Bei allen anderen Behandlungen zu diesem Zweck müsse eine spezielle Einwilligung des Patienten nur bei lebensgefährlichen Medikamenten vorliegen⁸²⁴. Dasselbe gelte für

⁸¹¹ v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 354; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 13.

⁸¹² Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 14.

⁸¹³ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 15.

⁸¹⁴ v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 352; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 15.

⁸¹⁵ Heimberger, Strafrecht, S. 7.

⁸¹⁶ Heimberger, Strafrecht, S. 7.

⁸¹⁷ Heimberger, Strafrecht, S. 8.

⁸¹⁸ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 17.

⁸¹⁹ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 17.

⁸²⁰ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 18.

⁸²¹ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 19.

⁸²² Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 19.

⁸²³ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 22.

⁸²⁴ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S. 25.

Eingriffe mit dem Ziel der Linderung einer Krankheit⁸²⁵. Wenn der Arzt gegen Krankheiten vorbeugen wolle, so müsse ihn entweder eine staatliche Anordnung oder die Einwilligung des Patienten dazu berechtigen⁸²⁶. Zur Vornahme ärztlicher Eingriffe sollten nach dem Gewohnheitsrecht alle Personen berechtigt sein, die bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einen ärztlichen Zweck verfolgten⁸²⁷.

Auch diese Ansicht stieß in der Literatur auf Kritik. Zum ersten seien die Ausführungen insofern widersprüchlich, als zwar einerseits die Einwilligung als alleiniger Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen werde⁸²⁸, andererseits aber in manchen Fällen ihr Vorliegen zusätzlich zum Gewohnheitsrecht gefordert werde⁸²⁹. Es handle sich bei den Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs außerdem nicht um Rechtssätze, sondern um allgemeine Verhaltensregeln für ärztliches Handeln. Diese könnten anders als Rechtssätze nicht Gegenstand der Rechtsüberzeugung des Volkes und damit gar kein Gewohnheitsrecht darstellen. Auch sollten sie nicht als in jedem Fall verbindlich gesehen werden, da der Arzt sich an den Interessen des Patienten im jeweiligen Einzelfall und nicht an starren Regeln auszurichten habe⁸³⁰. Ein misslungener Eingriff könne daher nicht durch das Gewohnheitsrecht und das Einhalten fester Regeln gerechtfertigt werden⁸³¹. Auch könne der richtige Schluss daraus, dass nach allgemeiner Ansicht der ärztliche Eingriff nicht als strafbar angesehen werde, nur der sein, dass es sich gar nicht um ein tatbestandliches Verbrechen handle, nicht aber der, dass es sich um ein gerechtfertigtes Verbrechen handle⁸³². Zudem regle das Strafgesetzbuch die Strafbarkeit der Körperverletzungen abschließend, so dass neben dem geschriebenen Recht kein Raum mehr bleibe für Gewohnheitsrecht⁸³³. Gegen diese Ansicht spricht zudem, dass sie das Gewohnheitsrecht alleine nicht als ausreichend sah, sondern für einzelne Fallgruppen noch ganz verschiedene zusätzliche Rechtfertigungsgründe aufstellte, die sie teilweise als alleinige Rechtfertigung sogar abgelehnt hat. Dies war nicht nur inkonsequent, sondern barg auch die Gefahr der Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit in sich.

cc) Ärztlicher Zweck als Rechtfertigungsgrund

Ein anderer Ansatz bestand darin, die ärztlichen Eingriffe als durch ihren Zweck gerechtfertigt sehen zu wollen⁸³⁴. Der Zweck ärztlichen Handelns bestehe nämlich darin, den Interessen der Menschen zu dienen. Da zudem der Erfolg der ärztlichen Eingriffe niemals vorhergesehen werden könne, müsse der Zweck als Rechtfertigungsgrund ausreichen⁸³⁵. Teilweise wurde gefordert, dass zusätzlich die Einwilligung der Patienten vorliegen müsse⁸³⁶.

Dieser Ansicht wurde entgegengehalten, dass sie die Straflosigkeit der Ärzte zu weit ausdehne. Der Arzt könne nämlich, solange er nur zu dem entsprechenden Zweck handle, für keine noch so falsche, risikoreiche oder sinnlose Behandlung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden⁸³⁷. Auch sei ein derartiger Rechtfertigungsgrund nicht gesetzlich festgelegt und auch nicht staatlich anerkannt, da man aus der bloßen staatlichen Anerkennung und Förderung der ärztlichen Tätigkeit die-

⁸²⁵ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.28.

⁸²⁶ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.31.

⁸²⁷ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.39.

⁸²⁸ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.9, 10, 11 (s.o.).

⁸²⁹ Heimberger, Strafrecht, S.18.

⁸³⁰ Heimberger, Strafrecht, S.16; Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 63.

⁸³¹ Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55, 64.

⁸³² Heimberger, Strafrecht, S.16.

⁸³³ Stenglein, DJZ 1899, S.106, 107.

⁸³⁴ Oppenheim, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1892, S.332, 349.

⁸³⁵ Oppenheim, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1892, S.332, 349.

⁸³⁶ Stooß, DJZ 1899, S.184, 184.

⁸³⁷ Stooß, DJZ 1899, S.184, 185.

sen Schluss nicht ziehen könne. Die vom Staat geschaffenen Rahmenbedingungen ließen eher darauf schließen, dass der Staat in der ärztlichen Behandlung schon gar keine strafwürdige Behandlung sehen würde⁸³⁸. Zudem müsse ein Rechtfertigungsgrund zeitlose Gültigkeit besitzen. Zahlreiche Landesgesetze aber, wie etwa das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 (Artikel 39 Absatz 2), das Sächsische Criminalgesetzbuch von 1853 (Artikel 68) oder auch das Strafgesetzbuch von Württemberg von 1839 (Artikel 55), hätten ausdrücklich angeordnet, dass die Rechtswidrigkeit einer Handlung nicht durch ihren Zweck ausgeschlossen werden könne⁸³⁹. Gegen den ärztlichen Zweck als Rechtfertigungsgrund kann außerdem angeführt werden, dass der ärztliche Zweck als Begriff zu unbestimmt ist, und dass die Gefahr des Missbrauchs besteht, da ein subjektives Element als entscheidendes Kriterium für die Strafbarkeit schwer nachweisbar ist. Zudem kann nach allgemeinen Grundsätzen ein subjektives Element wie das Motiv für eine Handlung nicht für die objektive Beurteilung derselben herangezogen werden. Auch diese Ansicht war daher abzulehnen.

dd) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Ein Teil der Literatur nahm an, der ärztliche Heileingriff könne durch eine rechtfertigende Einwilligung seine Strafbarkeit verlieren. Diese rechtfertigende Wirkung der Einwilligung wurde teilweise daraus abgeleitet, dass der Patient aufgrund einer sittlichen Verpflichtung zur Erhaltung seiner körperlichen Kräfte das Recht habe, den Arzt durch seine Einwilligung zu einem Eingriff zu ermächtigen⁸⁴⁰. Dagegen wurde hauptsächlich eingewandt, viele ärztliche Behandlungen, wie etwa Schönheitskorrekturen, besäßen keinen sittlichen Zweck⁸⁴¹. Zudem könne nicht durch einen so unbestimmten Begriff wie den des sittlichen Zwecks eine sonst strafbare Handlung ihre Strafbarkeit verlieren⁸⁴². Da aus dieser Ansicht somit keine eindeutig handhabbare Regel für die Strafbarkeit ableitbar war, ist der herrschenden Ansicht der Vorzug zu geben.

Der überwiegende Teil der Literatur sah als Voraussetzung eines rechtmäßigen Eingriffs nämlich allein die Einwilligung des Patienten. Der Grundsatz „volenti non fit iniuria“ sollte für jede Art von Körperverletzung anwendbar sein⁸⁴³. Da sogar die Selbstverletzung oder der Selbstmord grundsätzlich nicht strafbar seien, habe jeder Mensch freie Verfügungsgewalt über seinen Körper. Aufgrund dieser Verfügungsgewalt über sein Rechtsgut der Körperintegrität könne er eine rechtfertigende Einwilligung für eine Heilbehandlung erteilen und damit die Befugnis zu Eingriffen auch auf einen Dritten übertragen⁸⁴⁴. Die alleinige Übernahme nur des Paragraphen über die Selbstverstümmelung zur Umgehung der Wehrpflicht (§ 142 StGB) in das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich zeige, dass nach dem Willen des Gesetzgebers allein in diesem Falle die Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper beschränkt sein sollte⁸⁴⁵.

Dagegen wurde vorgebracht, eine Einwilligung sei zwar unabdingbar, könne aber nicht allein zu einem ärztlichen Eingriff berechtigen. Es sei nicht allgemein anerkannt, dass eine Einwilligung jede Körperverletzung rechtfertigen könne⁸⁴⁶. Auch werde durch die Einwilligung als alleinigen Rechtfertigungsgrund die Handlung ei-

⁸³⁸ Heimberger, Strafrecht, S.21; Stooß, DJZ 1899, S.184, 185.

⁸³⁹ Heimberger, Strafrecht, S.20, 21.

⁸⁴⁰ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.12.

⁸⁴¹ v.Angerer, MMW 1899, S.351, 353; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.13.

⁸⁴² Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.13.

⁸⁴³ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.9.

⁸⁴⁴ Heimberger, Strafrecht, S.9; Stenglein, DJZ 1899, S.106, 107.

⁸⁴⁵ Heimberger, Strafrecht, S.12.

⁸⁴⁶ v.Angerer, MMW 1899, S.351, 353; Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.9.

nes Arztes der eines Pfuschers gleich gestellt⁸⁴⁷. Zudem seien Fälle denkbar, in denen ein Eingriff des Arztes auch ohne oder entgegen den Willen des Behandelten rechtmäßig sei. So etwa bei der Rettung eines Selbstmörders⁸⁴⁸. Kritisiert wurde außerdem, dass die genannte Ansicht lediglich auf chirurgische Operationen abziele. Behandle der Arzt jedoch auf andere Weise, etwa durch die Verabreichung eines Medikaments, sei eine Einwilligung nicht erforderlich, da die Wahl des Mittels dann allein dem Arzt überlassen werden müsse, der regelmäßig dafür sorgen würde, dass der Patient keinen Schaden nehme⁸⁴⁹. Als problematisch wurde auch gesehen, dass in manchen Fällen, etwa bei bewusstlosen, geisteskranken oder jugendlichen Patienten, die Einwilligung nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden könne. Dies könne entweder dazu führen, dass ein Arzt bei der Annahme einer Einwilligung zu Unrecht bestraft werde, oder dass er aus Angst vor Bestrafung lieber eine Behandlung unterlasse⁸⁵⁰. Auch wurde darauf hingewiesen, dass eine Einwilligung zu einem Eingriff häufig nur aus Angst unterbleibe, dass aber ein Arzt, der in einem solchen Fall einen Patienten in bester Absicht und mit gutem Erfolg zu seinem Glück zwingt, mit einem Strafverfahren rechnen müsse. Dabei handele es sich sogar oft um ein Strafverfahren von Amts wegen, weil die Patienten häufig in solchen Fällen besonders ängstlich seien, in denen der Arzt Instrumente verwende, die gefährliche Werkzeuge im Sinne einer qualifizierten Körperverletzung darstellten⁸⁵¹.

All diese Argumente der Gegenansicht können jedoch nicht überzeugen. Voraussetzung für die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen kann nicht sein, dass die Einwilligung in allen anderen erdenklichen Fällen ebenfalls uneingeschränkt anerkannt werden könnte. Es handelt sich bei der ärztlichen Behandlung um einen Spezialfall, der sich von den herkömmlichen Körperverletzungen entscheidend dadurch abhebt, dass der Arzt dem Patienten nicht mit Verletzungsabsicht sondern mit Heilungswillen gegenübertritt. Auch wurden die Ärzte durch diese Ansicht nicht mit den Pfuschern auf eine Stufe gestellt. Ein nachteiliges Handeln der Pfuscher konnte nämlich von vorne herein als nicht von der Einwilligung umfasst angesehen werden, das der Ärzte nur im Falle des Misserfolgs. Auch konnten besondere Fälle, wie die Rettung eines Selbstmörders oder die Behandlung eines Bewusstlosen, ohne Widersprüche etwa über die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung in die Systematik eingefügt werden. Zudem lief der Arzt nicht automatisch Gefahr, sich strafbar zu machen, wenn der Wille des Patienten nicht eindeutig ermittelt werden konnte. Gerade im Strafrecht führen nämlich die umfangreichen Irrtumsregelungen dazu, dass unverschuldeten Fehlvorstellungen bei der Beurteilung der Strafbarkeit Rechnung getragen werden kann. Auch das Argument der fehlenden Einwilligung des Patienten aus Angst vor einem schweren Eingriff kann nicht überzeugen. Es wird nämlich einem erfahrenen, einfühlsamen Arzt in der Regel gelingen, durch einen vernünftigen Umgang mit dem Patienten diesen zu einer Einwilligung zu bewegen. Sollte es sich um eine lebensgefährliche Situation handeln, greifen zudem häufig sowieso die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung. In allen anderen Fällen, in denen eine Behandlung ausdrücklich abgelehnt wurde oder in denen Anhaltspunkte für eine mutmaßliche Einwilligung fehlen, muss eben der Wille des mündigen Patienten berücksichtigt werden. Die Rechtfertigung durch die Einwilligung des Patienten ist somit die Lösung, die den beiderseitigen Interessen am besten gerecht wird. Diese damals herrschende Ansicht in der Literatur wurde zudem durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigt.

⁸⁴⁷ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.10.

⁸⁴⁸ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.11.

⁸⁴⁹ Oppenheim, Körperliche Eingriffe, S.11, 12.

⁸⁵⁰ Heimberger, Strafrecht, S.13.

⁸⁵¹ Heimberger, Strafrecht, S.14.

c) Reichsgericht

Auch das Reichsgericht schloss sich nämlich in seiner ersten grundlegenden, bereits angeführten Entscheidung aus dem Jahre 1894 der herrschenden Literaturmeinung an. Es wertete hier die ärztliche Heilbehandlung als tatbestandsmäßige Körperverletzung, die allein durch die Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters gerechtfertigt werden könne⁸⁵². Entscheidendes Kriterium für die Beurteilung seien weder der Zweck noch der Erfolg der Behandlung⁸⁵³. Auch das Bestehen eines rechtfertigenden Berufsrechts lehnte das Reichsgericht ausdrücklich ab. Zum ersten bestünden wegen der Ausdehnung der Gewerbefreiheit keine festen Voraussetzungen mehr für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit, so dass man nicht mehr von einem ärztlichen Beruf sprechen könne⁸⁵⁴. Zum zweiten entstünde durch die Approbation noch kein Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und dem einzelnen Patienten⁸⁵⁵. Auch dürfen die Behandlungsmaßnahmen eines ausländischen Arztes in strafrechtlicher Hinsicht nicht anders beurteilt werden als die der einheimischen Ärzte, da er die gleiche Handlung ohne deutsche Approbation vornehme⁸⁵⁶. Da diese Ansicht somit zu einem angemessenen Interessenausgleich führte und zum anderen praktisch handhabbar war, ist ihr zu folgen.

V) Zusammenfassung

Im 18. und 19. Jahrhundert hat sich das Arzt Haftungsrecht im Vergleich zu den früheren Epochen entscheidend weiterentwickelt. Bedingt war diese Entwicklung vor allem durch die großen Fortschritte in den Bereichen der Medizin und des Gesundheitswesens. Die medizinische Versorgung verbesserte sich und erreichte immer größere Teile der Bevölkerung. Im Bereich der medizinischen Forschung wurden einige grundlegenden Entdeckungen gemacht, die die Möglichkeiten der ärztlichen Behandlung ganz erheblich erweiterten. Mit der Verbreitung der gesundheitlichen Versorgung stieg die Zahl der Behandlungen und mit dem Fortschritt zwar sowohl deren Qualität, aber auch deren Risiko. Auf der anderen Seite waren auch die Ursachen ärztlicher Fehlleistungen besser nachvollziehbar und nachweisbar. Als Folge des Zusammenwirkens dieser Umstände begann die tatsächliche Zahl der Arzthaftungsprozesse erstmals zu steigen. Man begann auch, die Fälle der Kunstfehler zu veröffentlichen, und aus den veröffentlichten Fällen kann man zum Teil erkennen, wie stark das Haftungsrecht vom Entwicklungsstand der Medizin abhängig war.

Die rechtlichen Grundlagen der Verfahren änderten sich im Bereich des Zivilrechts anfangs nur wenig. In einigen Territorien waren Landesgesetze erlassen worden, im größten Teil des Reiches fand jedoch noch immer das römische Recht in seiner abgewandelten Form Anwendung. Die Rechtslage wurde erst durch das Inkrafttreten des BGB vereinheitlicht. Im Strafrecht hatten zunächst verschiedenste Territorialgesetze die Carolina weitestgehend abgelöst, bis die Rechtslage mit Erlass der Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich wieder einheitlich wurde. Es existierten aber weder in den neuen zivilrechtlichen noch in den neuen strafrechtlichen Gesetzen Sonderregeln für die ärztlichen Behandlungsfehler.

Mit der wachsenden Bedeutung der Arzthaftung in der Rechtsprechung wurde auch das Interesse der Wissenschaft an dieser Materie geweckt. Die literarische Diskussion begann, sich ausführlich mit den theoretischen Grundfragen des Arzthaftungsrechts zu befassen, jedoch zunächst noch ohne praktische Auswirkungen und kaum konkreten Forderungen an den Gesetzgeber.

⁸⁵² v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 352.

⁸⁵³ v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 351.

⁸⁵⁴ v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 354.

⁸⁵⁵ v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 354.

⁸⁵⁶ v. Angerer, MMW 1899, S. 351, 354.

Somit verzeichnete das Arzthaftungsrecht im 18. und 19. Jahrhundert in tatsächlicher Hinsicht durch den Anstieg der Verfahren und in theoretischer Hinsicht durch die literarische Auseinandersetzung mit den rechtlichen Grundfragen einen deutlichen Aufschwung. An der Rechtslage und der rechtlichen Beurteilung änderte sich allerdings wenig.

B) Arzthaftungsrecht von 1900 bis 1933

I) Rechtliche Grundlagen der Arzthaftung und mögliche Rechtsfolgen

1) Bürgerliches Gesetzbuch

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts änderte sich, wie bereits erwähnt, die zivilrechtliche Rechtslage ganz entscheidend. Das überlieferte römische Recht und die in den einzelnen Territorien geltenden Naturrechtskodifikationen wurden durch das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 abgelöst, das am 1. Januar 1900 in Kraft trat. Es enthielt keine besonderen Bestimmungen für die ärztliche Behandlungsfehlerhaftung⁸⁵⁷. Die deliktische Haftung der Ärzte richtete sich fortan nach den allgemeinen Normen für die deliktische Haftung (§§ 823 ff, 249 ff, 254, 276, 278 BGB). Die Haftung für vertragliche Pflichtverletzungen beim Dienstvertrag war nicht ausdrücklich festgelegt. Für diesen Bereich wie auch für die quasi-vertragliche Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 676 ff BGB) kamen die bald von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die positive Vertragsverletzung zur Anwendung. Die zivilrechtliche Rechtslage war damit erstmals einheitlich für das gesamte Gebiet des Deutschen Reichs und blieb bis zur Reform des Schuldrechts ohne nennenswerte Änderungen.

2) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich

Auch das Strafrecht blieb weiterhin durch das Strafgesetzbuch einheitlich für das gesamte Reich geregelt. Einschlägig waren auf dem Gebiet der Arzthaftung vor allem die Tatbestände der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) und der vorsätzlichen (§ 223 StGB) und der fahrlässigen Körperverletzung (§ 230 StGB). Insbesondere auf ärztliche Behandlungsfehler aber auch auf die Behandlung durch Kurpfuscher fanden weiterhin die Qualifikationen der § 222 Absatz 2 StGB und § 230 Absatz 2 StGB Anwendung⁸⁵⁸. Auch galt in Bezug auf ärztliche Pflichtverletzungen und solche der Kurpfuscher die Strafverfolgung von Amts wegen bei der Übertretung einer Berufspflicht nach § 232 Absatz 1 StGB weiter⁸⁵⁹.

3) Reichsimpfgesetz

Zudem fand auch das Reichsimpfgesetz vom 8. April 1874 noch Anwendung, jedoch weiterhin nur subsidiär für den Fall, dass das Strafgesetzbuch keine höhere Strafe anordnete⁸⁶⁰.

4) Strafrechtsreformpläne

a) Reformbedarf

Sowohl das Zivilrecht als auch das Strafrecht enthielten somit auch nach 1900 noch keine Spezialregelung für die ärztliche Heilbehandlung. Auf dem Gebiet des Zivilrechts, das ohnehin zu dieser Zeit in Bezug auf die Arzthaftung noch eine unterge-

⁸⁵⁷ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.177.

⁸⁵⁸ Frank, StGB, 3./4. Auflage, S.289, 301.

⁸⁵⁹ Frank, StGB, 3./4. Auflage, S.290, 302.

⁸⁶⁰ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.154, Fn.4.

ordnete Rolle spielte, sah man dennoch keinen Reformbedarf. Die Ärzte seien keinen größeren Haftungsrisiken ausgesetzt als andere vergleichbare Berufe, beispielsweise Rechtsanwälte⁸⁶¹. Zudem bestünde für die Ärzte die Möglichkeit, sich gegen mögliche Schadensersatzforderungen durch eine Haftpflichtversicherung abzusichern, so dass jedenfalls die wirtschaftlichen Folgen der Haftung überschaubar blieben⁸⁶².

Im Strafrecht stellte sich die Situation dagegen anders dar. Strafrechtliche Verfahren konnten selbst bei einem Freispruch das Ansehen des Arztes schwer schädigen und dadurch auch wirtschaftliche Folgen bis hin zur Existenzgefährdung nach sich ziehen. Deshalb wollte man die Strafbarkeit einengen⁸⁶³. Zudem wurde, wie bereits ausgeführt, gerade von Seiten der Ärzteschaft die grundsätzliche Einordnung der Heilbehandlung als Körperverletzung als stigmatisierend und die Rechtslage mangels Spezialbestimmungen als sehr unsicher empfunden. Durch die im 19. Jahrhundert begonnene Diskussion über die strafrechtliche Einordnung kam deshalb zunehmend der Gedanke auf, Sonderregelungen für die ärztliche Heilbehandlung ins Strafgesetzbuch einzufügen. Diese Ansicht vertraten teilweise die Ärztekammern und Richter⁸⁶⁴, aber auch viele Stimmen in der juristischen Literatur, die die bestehende Rechtslage in Bezug auf die Ärzteschaft als unbefriedigend empfanden⁸⁶⁵.

Die Ärzte selbst hatten genaue Vorstellungen davon, welche Änderungen eine Reform des Strafrechts mit sich bringen sollte. Die strafrechtlichen Regelungen über Körperverletzungen sollten auf gebotene ärztliche Heilmaßnahmen oder die Eingriffe, die ein approbierter Arzt in Ausübung seines Berufs vorgenommen hat, keine Anwendung finden können⁸⁶⁶. Auch sah man einen eigenen Tatbestand für eigenmächtige Heilbehandlungen als sinnvoll an⁸⁶⁷. Neben einzelnen Stimmen in der juristischen Literatur⁸⁶⁸ machten vor diesem Hintergrund deshalb vor allem die Ärztekammern konkrete Formulierungsvorschläge für Normen, die die ärztliche Heilbehandlung aus der Körperverletzung herausnehmen⁸⁶⁹ oder die ärztliche Eigenmacht unter Strafe stellen sollten⁸⁷⁰. So schlug etwa die Westfälische Ärztekammer vor, einen § 233a in das Strafgesetzbuch aufzunehmen mit dem Wortlaut „Eine vorsätzliche Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in Ausübung der Heilkunde durch einen approbierten Arzt erfolgt ist.“⁸⁷¹. Die Hannoversche Kammer wollte eine ähnliche Regelung als § 233a StGB festlegen und darüber hinaus einen § 239 a StGB mit folgendem Wortlaut in das Strafgesetzbuch einfügen „Wer an einer Person eine ärztliche Behandlung oder einen operativen Eingriff in bewusstem Widerspruch zu dem erklärten Willen der behandelten Person oder ihres gesetzlichen Vertreters vornimmt, wird, sofern diese Behandlung nicht zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit des Behandelten dringend geboten war, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Festungshaft bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis 2000 M. bestraft.“⁸⁷².

Schwerpunkte aller Reformansätze waren somit der Ausschluss der ärztlichen Heilbehandlungen aus den Körperverletzungstatbeständen und die Bestrafung des Arz-

⁸⁶¹ Rabel, Haftpflicht, S.69.

⁸⁶² Rabel, Haftpflicht, S.70, 71.

⁸⁶³ Zitelmann, Haftung, S.22.

⁸⁶⁴ Anonymer Verfasser, MMW 1907, S.1062.

⁸⁶⁵ Spinner, Ärztliches Recht, S.239, 240; Virchow, in: Eser/ Künschner, S.43, 50; Zitelmann, Haftung, S.27, 28.

⁸⁶⁶ Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129; Heimberger, DMW 1910, S.33, 33.

⁸⁶⁷ Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129; Heimberger, DMW 1910, S.33, 33.

⁸⁶⁸ Spinner, Ärztliches Recht, S. 239, 240, 241; Zitelmann, Haftung, S.29, 30.

⁸⁶⁹ Zitelmann, Haftung, S.19.

⁸⁷⁰ Anonymer Verfasser, MMW 1907, S.1062, 1062; Zitelmann, Haftung, S.20, 21.

⁸⁷¹ Zitelmann, Haftung, S.19.

⁸⁷² Zitelmann, Haftung, S.20.

tes bei Eingriffen gegen den Willen des Behandelten⁸⁷³. Nach diesen theoretischen Vorarbeiten entstanden in der Zeit zwischen 1909 und 1930 mehrere verschiedene Vorentwürfe und auch amtliche Reformvorschläge, die sich der Problematik der ärztlichen Heileingriffe zum Teil sehr unterschiedlich annahmen.

b) Entwurf 1909

Vor diesem Hintergrund arbeitete eine eigens dafür einberufene Kommission von fünf Juristen bis zum Herbst 1909 einen ersten Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch aus⁸⁷⁴. Dieser Entwurf enthielt jedoch trotz der verschiedenen Forderungen aus Theorie und Praxis keinerlei Bestimmungen über die Strafbarkeit ärztlicher Eingriffe.

Es fanden sich weder spezielle Regelungen in Bezug auf die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung⁸⁷⁵ noch erfuhren die Bestimmungen über die Körperverletzung und die Tötung eine Änderung in Bezug auf die Verantwortlichkeit der Ärzte⁸⁷⁶. In der Begründung zum Vorentwurf wurde das Fehlen jeglicher Regelung damit erklärt, dass ein Arzt, der bei Erfüllung eines ihm erteilten Heilauftrages die Regeln der ärztlichen Kunst einhalte, schon objektiv nicht rechtswidrig handele, jedenfalls aber ohne den Vorsatz, den Patienten zu verletzen⁸⁷⁷. Deshalb könne er in einem solchen Fall regelmäßig auch nicht strafrechtlich belangt werden. Sollte er jedoch die Regeln der ärztlichen Kunst außer Acht gelassen haben, so hafte er auf jeden Fall wegen Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Zudem bestünden Sonderfälle, die nur mit Hilfe ärztlicher Sachverständiger entschieden werden könnten. Daran würde sich aber auch durch eine gesetzliche Regelung nichts ändern⁸⁷⁸. Diese Ausführungen waren jedoch nicht geeignet, ohne Veränderungen im Gesetzeswortlaut irgendeine Änderung an der tatsächlichen rechtlichen Einordnung der ärztlichen Behandlung durch die Rechtsprechung herbeizuführen. Auch die bisherige Rechtsprechung hatte nämlich grundsätzlich diese Ansicht vertreten, hatte aber im Falle der ärztlichen Behandlungen wegen des besonderen Verhältnisses zwischen Arzt und Patient hiervon eine Ausnahme gemacht⁸⁷⁹.

Der Vorentwurf enthielt zudem auch keine Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung⁸⁸⁰. Sonderregelungen für die eigenmächtige Heilbehandlung wurden deshalb abgelehnt, weil die Körperverletzungsvorschriften oder gegebenenfalls auch die Nötigungsvorschriften ausreichend seien, um Fälle zu erfassen, in denen der Arzt ohne entsprechenden Auftrag oder Einwilligung handele⁸⁸¹. Seitens der Literatur wurde kritisiert, dass aber gerade daran erhebliche Zweifel bestehen mussten, da der Entwurf für die Nötigung vorsah, dass sich ein Täter nur dann nach § 240 StGB strafbar machen sollte, wenn er „in rechtswidriger Absicht“ gehandelt habe⁸⁸². Da dies bei einem Arzt nicht zu erwarten oder zumindest schwer nachweisbar war, hätte der Entwurf zu erheblichen Strafbarkeitslücken bei Behandlungen gegen oder ohne den Willen des Patienten führen können⁸⁸³.

⁸⁷³ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.117; Zitelmann, Haftung, S.21.

⁸⁷⁴ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.395.

⁸⁷⁵ Heimberger, DMW 1910, S.33, 34.

⁸⁷⁶ Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1128, 1130; Heimberger, DMW 1910, S.33, 34.

⁸⁷⁷ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.161, Fn.1.

⁸⁷⁸ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.161, Fn.1; Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129.

⁸⁷⁹ Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129.

⁸⁸⁰ Heimberger, DMW 1910, S.33, 34.

⁸⁸¹ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.161, 162, Fn.1; Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129.

⁸⁸² Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129.

⁸⁸³ Heimberger, DMW 1910, S.33, 34.

c) Entwurf 1911

Der Vorentwurf von 1909 wurde als Grundlage für die weitere Reformarbeit genommen, die im Jahre 1911 zum sogenannten Gegenentwurf führte⁸⁸⁴. Dieser Gegenentwurf enthielt anders als sein Vorgänger im Abschnitt „Freiheitsverletzung“ in § 279 folgende Bestimmung über die „eigenmächtige ärztliche Behandlung“⁸⁸⁵:

„1) Wer einen anderen gegen seinen ausdrücklich oder nach den Umständen zu vermutenden Willen ärztlich behandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft.

2) Ist ein Dritter zur Sorge für die Person des Behandelten berechtigt, so ist der Wille des Berechtigten maßgebend.“⁸⁸⁶

Dadurch sollten kunstgerechte ärztliche Heileingriffe, auch wenn sie gegen den Willen des Patienten erfolgten, nicht mehr als Körperverletzung bestraft werden können⁸⁸⁷. Durch den Inhalt und die systematische Stellung dieser Vorschrift im Abschnitt über die Freiheitsdelikte sollte im Abschnitt „Körperverletzung“ eine Norm zum Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit der Heilbehandlungen überflüssig sein⁸⁸⁸.

Die Literatur kritisierte an diesem Entwurf, er beziehe sich nur auf operative Eingriffe und lasse die durch die übrigen Behandlungen möglichen Schädigungen an Leib oder Leben außer Acht. Da der Entwurf nur auf die Körperverletzungstatbestände zugeschnitten sei, fehle zudem eine Regelung für tödlich endende Eingriffe⁸⁸⁹. Außerdem werde durch den Entwurf noch nicht zum Ausdruck gebracht, dass der Eingriff selbst schon tatbestandlich keine Körperverletzung darstelle, da in der Begründung nur die Rede davon sei, dass er nicht als Körperverletzung bestraft werden könne. Die kunstgerechte Ausführung der ärztlichen Behandlung sei aber schon in der Begründung zum Vorentwurf nur als Rechtfertigungsgrund behandelt worden⁸⁹⁰. Auch berücksichtige § 279 des Entwurfs nicht, dass für ärztliches Handeln in Notfällen eine eigene Rechtfertigungsnorm erforderlich gewesen wäre⁸⁹¹. Die allgemeinen Vorschriften über den Notstand seien in diesem Bereich nicht ausreichend⁸⁹².

d) Entwurf 1913

Die beiden Entwürfe von 1909 und 1911 wurden nochmals von einer neuen Kommission beraten. Das Ergebnis war der „Kommissions-Entwurf“ von 1913⁸⁹³. Da die Mehrheit der Mitglieder der Strafrechtskommission bei der Ausarbeitung des Entwurfs jetzt im Ansatz der Auffassung der Rechtsprechung folgte, dass der ärztliche Heileingriff eine tatbestandsmäßige Körperverletzung darstelle, wurde keine dem § 279 des Vorgängerentwurfs entsprechende Norm aufgenommen⁸⁹⁴. Auch andere Spezialbestimmungen in Bezug auf die ärztlichen Heileingriffe fehlten. Es wurde lediglich ein § 293 in den Entwurf aufgenommen, nach dem eine Körperverletzung nicht rechtswidrig sein sollte, wenn sie mit einer weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten verstoßenden Einwilligung des Verletzten erfolgte. Damit sollte im Einklang mit dem Reichsgericht auch nach der gesetzlichen Regelung die mit Einwilligung erfolgende, erfolgreiche ärztliche Behandlung eine straflose

⁸⁸⁴ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.396.

⁸⁸⁵ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.119.

⁸⁸⁶ Hartmann, Heilbehandlung, S.80.

⁸⁸⁷ Ebermayer, DMW 1911, S.1128, 1129; Spinner, Ärztliches Recht, S.239.

⁸⁸⁸ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.40; Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.119.

⁸⁸⁹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.119.

⁸⁹⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.40.

⁸⁹¹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.119.

⁸⁹² Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.120.

⁸⁹³ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.397.

⁸⁹⁴ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.41; Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.120.

Körperverletzung darstellen⁸⁹⁵, eine dem Großteil der Literatur vollständig widersprechende Lösung.

e) Entwurf 1919

Nach dem Zusammenbruch des Reichs wurde ein nicht veröffentlichter Entwurf von 1918 den veränderten politischen und tatsächlichen Verhältnissen angepasst. Das Ergebnis war der im Wesentlichen an den Entwurf von 1913 anknüpfende Entwurf von 1919⁸⁹⁶. Er wurde jedoch aufgrund der schwierigen politischen Verhältnisse nicht als Regierungsentwurf sondern nur als Kommissionsentwurf veröffentlicht⁸⁹⁷. Es war der erste amtliche Entwurf⁸⁹⁸. Dieser nahm einen ganz anderen grundsätzlichen Standpunkt ein als sein Vorgänger. Nach diesem Entwurf sollte ein ärztlicher Eingriff nie als Körperverletzung strafbar sein. Er sollte vielmehr, wenn er vom Willen des Patienten gedeckt war, straflos sein und bei einem Verstoß gegen den Willen des Behandelten nach § 313 als eigenmächtiger Eingriff in die Willensfreiheit des Patienten Bestrafung nach sich ziehen.

Dieser neue § 313 wurde in den Abschnitt über die Verletzung der persönlichen Sicherheit und Freiheit eingeordnet⁸⁹⁹ und lautete:

„1) Wer einen anderen gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Strafe tritt auch dann ein, wenn der Täter fahrlässig angenommen hat, dass der andere mit der Behandlung einverstanden war.

2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Der Antrag kann zurückgenommen werden.

3) In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden.“⁹⁰⁰

Unter einem Handeln des Arztes gegen den Willen des Patienten sollten dabei die Fälle verstanden werden, dass der Arzt den entgegenstehenden Willen erkannt oder vermutet hatte oder dass er diesen Willen bei Anstrengung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen⁹⁰¹.

Der Entwurf enthielt zwar keine ausdrückliche Bestimmung, dass ein kunstgerecht ausgeführter Heileingriff keine vorsätzliche rechtswidrige Körperverletzung darstellen könne. Dies sollte sich nach der Begründung aber schon aus der Systematik ergeben, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte⁹⁰². Da der Entwurf nämlich in § 313 schon einen Eingriff gegen den Willen des Patienten als Vergehen gegen die persönliche Freiheit und nicht als Körperverletzung einordnete, sollte eine Behandlung, in die der Kranke eingewilligt hatte, erst recht nicht unter die Körperverletzungstatbestände subsumiert werden können⁹⁰³.

Der entscheidende Fortschritt in dem Entwurf lag darin, dass der ärztliche Heileingriff wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit nicht mehr als Körperverletzung strafbar sein sollte⁹⁰⁴. Von Seiten der Literatur stieß aber auf Kritik, dass der Entwurf in § 313 keine Aussage treffe, wessen Wille maßgeblich sein solle, wenn der Patient selbst willensunfähig wäre⁹⁰⁵. Strittig war auch, ob dem Entwurf entnommen werden könne, ob nur der Eingriff als solcher oder auch alle mit ihm möglicherweise verbundenen Folgen eine strafrechtliche Sonderbewertung erfahren sollten. Zum Teil

⁸⁹⁵ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.41.

⁸⁹⁶ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.398.

⁸⁹⁷ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.399.

⁸⁹⁸ Hartmann, Heilbehandlung, S.80.

⁸⁹⁹ Hartmann, Heilbehandlung, S.80.

⁹⁰⁰ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.121.

⁹⁰¹ Ebermayer, Arzt und Patient, S.144; Heimberger, in: FS Frank, S.401, 409.

⁹⁰² Ebermayer, Arzt im Recht, S.152.

⁹⁰³ Ebermayer, Arzt und Patient, S.142.

⁹⁰⁴ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.42.

⁹⁰⁵ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.121.

wurde dies verneint und als entscheidender Fehler des Entwurfs beurteilt⁹⁰⁶. Zum Teil wurde diese Frage aber auch anders beurteilt und auch die misslungenen Heilbehandlungen als von der Straflosigkeit umfasst gesehen. Dafür wurde angeführt, dass ein Autor entscheidenden Einfluss auf die Formulierung dieses Entwurfs genommen habe, der unabhängig vom Erfolg die Tatbestandsmäßigkeit jeglichen Heileingriffs ablehnte⁹⁰⁷. Zudem sei ein Eingehen auf die Straflosigkeit auch im Falle des Todes des Patienten nicht nötig gewesen, da es ein Hauptanliegen der Entwurfe gewesen sei, jegliche Fragen im Zusammenhang mit der Einwilligung durch das Verneinen der Tatbestandsmäßigkeit im Bereich der Körperverletzungsdelikte abzuschneiden. Diese Fragen der Einwilligung beträfen aber außerdem die Tötungsdelikte nicht, da hier eine Einwilligung grundsätzlich nicht in Betracht komme. Deshalb sei auch eine dahingehende Regelung überflüssig gewesen⁹⁰⁸.

f) Entwurf 1922

Im Jahre 1922 wurde ein neuer Kommissionsentwurf veröffentlicht⁹⁰⁹. Dieser Entwurf enthielt in § 235 lediglich die Bestimmung, dass der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechende Eingriffe weder Körperverletzungen noch Misshandlungen im Sinne des Gesetzes darstellen sollten, so dass diese also schon tatbestandsmäßig aus den Körperverletzungsdelikten ausgenommen wurden⁹¹⁰. Somit war zwar der im vorausgehenden Entwurf nur implizierte Gedanke ausdrücklich festgeschrieben. Dafür fehlte aber eine Regelung über die ohne Einwilligung durchgeführte Heilmaßnahme.

g) Entwurf 1925

Über den Kommissionsentwurf wurde wegen der durch Inflation und Reparationsleistungen schwierigen politischen Lage erst im Jahre 1924 von der Regierung beraten. Nach einigen tief greifenden Veränderungen wurde 1925 der „amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs“ zusammen mit einer Begründung an den Reichsrat weitergeleitet⁹¹¹.

Dieser Entwurf legte in § 238 innerhalb des Abschnitts über die Körperverletzungsdelikte⁹¹² ausdrücklich fest, dass zu Heilzwecken vorgenommene ärztliche Eingriffe keine Körperverletzung darstellen sollten: „Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen oder Misshandlungen im Sinne dieses Gesetzes.“⁹¹³. Das Aufführen der Misshandlung neben der Körperverletzung war deshalb nötig, weil dieser Gesetzesentwurf im Rahmen der Körperverletzung im weitesten Sinne zwischen der Körperverletzung im engeren Sinne und der Misshandlung unterschied⁹¹⁴. Nach der Begründung, in der ausgeführt wurde, dass „eine Körperverletzung oder Misshandlung auch dann nicht vorliegt, wenn der Heilerfolg ausbleibt“, sollten nach einer Ansicht in der Literatur auch misslungene ärztliche Eingriffe keine tatbestandliche Körperverletzung darstellen⁹¹⁵. Eine andere Meinung vertrat dagegen den Standpunkt, mit dem Entwurf sei dogmatisch noch nicht entschieden worden, ob die kunstgerechte ärztliche Behandlung schon nicht tatbestandsmäßig oder nur nicht rechtswidrig sein sollte⁹¹⁶. Die Wortwahl der Begründung, dass eine Körperverletzung nicht vorliege,

⁹⁰⁶ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.121.

⁹⁰⁷ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.43.

⁹⁰⁸ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.44.

⁹⁰⁹ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.405.

⁹¹⁰ Schreiber, in: FS Hirsch, S.713, 716, 717.

⁹¹¹ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.406.

⁹¹² Hartmann, Heilbehandlung, S.81.

⁹¹³ Ebermayer, Arzt im Recht, S.153.

⁹¹⁴ Hartmann, Heilbehandlung, S.81, Fn.281.

⁹¹⁵ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.44.

⁹¹⁶ Aschrott/ Kohlrausch, Strafrechtsreform, S.317.

nicht aber, dass der Eingriff keine strafbare Körperverletzung darstelle, könnte eher auf einen Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit hindeuten⁹¹⁷.

Eine eigene Vorschrift über die eigenmächtige Heilbehandlung enthielt dieser Entwurf nicht⁹¹⁸. Die Begründung führte hierzu aus, dass die in § 238 vorausgesetzten „Grundsätze eines gewissenhaften Arztes“ forderten, dass die Behandlung medizinisch indiziert sei und kunstgerecht durchgeführt werde, und dass der Arzt vor einem Eingriff nach den Grundsätzen der ärztlichen Ethik entscheiden müsse, ob die Einwilligung des Patienten selbst notwendig oder die naher Angehöriger ausreichend wäre⁹¹⁹. Sollten diese Voraussetzungen, zu denen demnach regelmäßig die Einwilligung des Patienten gehörte, nicht erfüllt sein, so sollte der Arzt selbst bei einem erfolgreichen Eingriff wegen Körperverletzung (§ 233) oder Misshandlung (§ 237) strafbar sein, da § 238 bei einer der „Übung eines gewissenhaften Arztes“ nicht entsprechenden Behandlung dann nicht eingreife. Auch die Norm § 239, nach der die Körperverletzung bei Einwilligung des Verletzten straflos sein sollte, hätte dann nicht eingreifen können⁹²⁰. Damit führte dieser Entwurf für die Fälle fehlender Einwilligung zum gleichen Ergebnis wie die reichsgerichtliche Rechtsprechung und war deshalb derselben Kritik in der Literatur ausgesetzt⁹²¹.

h) Entwurf 1927

Da der amtliche Entwurf im Reichsrat erheblich verändert worden war, wurde dem Reichstag im Jahre 1927 ein neuer Entwurf zugeleitet⁹²². Dieser Entwurf übernahm im Abschnitt über die Körperverletzungsdelikte in § 263 die Regelung seines Vorgängers, die kunstgerechte ärztliche Heileingriffe von der Strafbarkeit wegen Körperverletzung ausnahm⁹²³. Dahinter stand nach der Begründung die Auffassung, eine Heilbehandlung stelle schon begrifflich keine Körperverletzung dar, da es in sich widersprüchlich sei, eine Behandlung zu Heilzwecken als Misshandlung oder Gesundheitsschädigung einzuordnen⁹²⁴. Im Gegensatz zur Norm des Vorgängerentwurfs wollte man aber Eingriffe zu Experimentierzwecken von der Straflosigkeit ausnehmen. Hierzu wurde ihr Anwendungsbereich durch einen entsprechenden Zusatz auf „Eingriffe und Behandlungen, die lediglich zu Heilzwecken erfolgen“ beschränkt⁹²⁵. Dabei sollte der Ausdruck „zu Heilzwecken“ sehr weit gefasst werden und auch Maßnahmen zur Diagnose oder Vorbeugung umfassen⁹²⁶. Somit sollten alle zu Heilzwecken und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Eingriffe unabhängig von der Einwilligung des Patienten nicht als Körperverletzung strafbar sein⁹²⁷. Bestrebungen, als Maßstab nicht nur die Übung eines gewissenhaften Arztes sondern auch die „eines sonstigen Heilkundigen“ aufzunehmen, wurden als zu unbestimmt abgelehnt⁹²⁸. Dennoch sollte die Vorschrift auf approbierte Ärzte und nicht approbierte Heilkundige Anwendung finden können⁹²⁹. Nach der Begründung sollten Eingriffe, die die übrigen Voraussetzungen erfüllten, auch dann straflos bleiben, wenn der Heilerfolg ausbliebe⁹³⁰.

⁹¹⁷ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.45.

⁹¹⁸ Hartmann, Heilbehandlung, S.81.

⁹¹⁹ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.45.

⁹²⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.45.

⁹²¹ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.45.

⁹²² Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.406.

⁹²³ Hartmann, Heilbehandlung, S.81.

⁹²⁴ Ebermayer, Arzt im Recht, S.153.

⁹²⁵ Ebermayer, Arzt im Recht, S.153.

⁹²⁶ Ebermayer, Arzt im Recht, S.153; Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.47; Heimberger, in: FS Frank, S.401, 403.

⁹²⁷ Ebermayer, Arzt im Recht, S.153.

⁹²⁸ Ebermayer, JW 1930, S.1549, 1550.

⁹²⁹ Heimberger, in: FS Frank, S.401, 404.

⁹³⁰ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.122.

An der Bestimmung des § 263 wurde seitens der Literatur als unbefriedigend angesehen, dass dort weder nach dem Wortlaut noch aus der Begründung ersichtlich sei, was in Fällen gelten solle, in denen nicht nur der Erfolg ausbliebe, sondern darüber hinaus eine schwere Gesundheitsschädigung oder der Tod eingetreten sei. Es sei somit nur die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Handlung selbst, nicht aber die ihrer Folgen erfolgt⁹³¹.

Der Entwurf beinhaltete neben § 263 außerdem zum Schutz der Patienten im Abschnitt über die Freiheitsdelikte⁹³² in § 281 eine Vorschrift über die eigenmächtige Heilbehandlung. Danach sollte „derjenige, der jemand gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt, auf Antrag des Behandelten mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe“ bestraft werden⁹³³. In leichten Fällen sollte von einer Bestrafung abgesehen werden können. Der Arzt sollte nur dann strafbar sein, wenn er von der fehlenden Einwilligung gewusst oder sie vermutet hat, nicht aber wenn er dies bei der entsprechenden Sorgfalt hätte erkennen oder vermuten können. Allerdings sollte eine Strafbarkeit dann ausscheiden, wenn nach den Umständen die Einwilligung des Patienten nicht eingeholt werden konnte, ohne dessen Leben oder Gesundheit zu gefährden⁹³⁴. Der genaue Wortlaut des § 281 war:

„1) Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (...)

3) Die Vorschriften der Abs.1, 2 finden keine Anwendung, wenn der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelten oder der Schwangeren rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden.

4) Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten oder der Schwangeren verfolgt.

5) In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen.“⁹³⁵

In Absatz zwei waren Sondervorschriften für den Schwangerschaftsabbruch enthalten⁹³⁶.

In der Literatur wurde zum Teil eine Ergänzung des § 281 vorgeschlagen, da er in den Fällen eine Lücke aufweise, in denen der Kranke nicht selbst entscheiden könne, ob eine ärztliche Maßnahme durchgeführt werden sollte, so etwa bei Geisteskranken oder Jugendlichen⁹³⁷. Da aber im Strafrecht nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern die Einsichtsfähigkeit maßgeblich sei, sollte an Stelle von Absatz 3 folgende Bestimmung treten: „Hat im Falle des Abs. 1 der Behandelte einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen Wille entscheidend, außer wenn der Vertretene selbst die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche Einsicht besitzt.“⁹³⁸. Lobend hervorgehoben wurde, dass in diesem Entwurf in § 281 zum ersten Mal eine Regelung für den Fall getroffen worden sei, dass die Einwilligung des Behandelten nicht rechtzeitig eingeholt werden konnte⁹³⁹.

⁹³¹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.122.

⁹³² Hartmann, Heilbehandlung, S.81.

⁹³³ Ebermayer, Arzt im Recht, S.154.

⁹³⁴ Ebermayer, Arzt im Recht, S.154.

⁹³⁵ Heimberger, in: FS Frank, S.401, 406, 407.

⁹³⁶ Heimberger, in: FS Frank, S.401, 406, 407.

⁹³⁷ Heimberger, in: FS Frank, S.401, 409.

⁹³⁸ Heimberger, in: FS Frank, S.401, 411.

⁹³⁹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.122.

i) Entwurf 1930

Im Jahre 1930 wurde erneut ein Entwurf für ein Allgemeines Deutsches Strafbuch in den Reichstag eingebracht⁹⁴⁰. Auch dieser Entwurf enthielt Vorschriften über die Strafbarkeit ärztlicher Heileingriffe.

§ 263 StGB hatte in diesem Entwurf unter der Überschrift „Heilbehandlung“ folgenden Wortlaut: „Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes“, und § 281 des Entwurfs sah unter der Überschrift „Eigenmächtige Heilbehandlung“ vor, dass nach dieser Vorschrift nur strafbar sein sollte, „wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt“⁹⁴¹. Voraussetzung für eine Strafbarkeit sollte also ein Vergehen gegen die persönliche Freiheit sein. Eine Strafbarkeit sollte dann nicht eintreten, „wenn der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen außer Stande war, die Einwilligung des Behandelten rechtzeitig einzuholen, ohne sein Leben oder seine Gesundheit ernstlich zu gefährden“. Die Tat sollte als Antragsdelikt ausgestaltet werden und in leichten Fällen sollte zudem von einer Bestrafung abgesehen werden können⁹⁴².

Auch hier wurde von Seiten der Wissenschaft in Bezug auf § 263 kritisiert, dass nur die ärztliche Heilmaßnahme selbst, nicht aber die mit ihr möglicherweise verbundenen negativen Folgen geregelt worden seien⁹⁴³.

j) Scheitern aller Reformpläne

So verschieden all diese Reformentwürfe waren, so hatten sie doch alle gemeinsam, dass sie keine Umsetzung erfuhren. Die Gründe hierfür waren verschiedene.

Zum ersten war das Sachgebiet für sich schon schwierig zu handhaben⁹⁴⁴. Deshalb enthielt der Vorentwurf von 1909 überhaupt keine Regelung zur strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher Heileingriffe⁹⁴⁵, und die im Entwurf von 1911 enthaltene Vorschrift wurde bereits in der zweiten Lesung -beachtenswerter Weise auf Wunsche der Ärzteschaft- wieder verworfen⁹⁴⁶.

Zum zweiten stand der rasante Wechsel der politischen Systeme in Deutschland der Umsetzung der Reformvorschläge entgegen⁹⁴⁷. Die ersten Reformbestrebungen traten durch den Ersten Weltkrieg in den Hintergrund. Danach verhinderten die komplizierten politischen, sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen der Nachkriegszeit, die ständig wechselnden Mehrheiten im Reichstag während der Weimarer Republik und die häufigen Wechsel im Justizministerium eine umfassende strafrechtliche Gesetzgebung⁹⁴⁸. Bevor man den Entwurf von 1913 veröffentlichen wollte, sollten nämlich noch einige Änderungen vorgenommen werden. Die Arbeiten an diesen Änderungen zogen sich jedoch so lange hin, dass der politische Zusammenbruch und die Novemberrevolution von 1918 die Veröffentlichung verhinderten⁹⁴⁹. Nach Ende des Ersten Weltkrieges und nachdem die Mehrzahl der Entwürfe seit 1909 nicht einmal bis zum Reichstag oder Reichsrat gelangt waren, wurde 1924 erstmals ein Entwurf an den Reichsrat gegeben, der dann nach Rückgabe an den Reichstag 1927 beraten wurde⁹⁵⁰. Diese Beratungen wurden zunächst auch trotz

⁹⁴⁰ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.407, 408.

⁹⁴¹ Kahl, JW 1930, S.1545, 1546.

⁹⁴² Kahl, JW 1930, S.1545, 1546.

⁹⁴³ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.122.

⁹⁴⁴ Ebermayer, Arzt im Recht, S.161.

⁹⁴⁵ Heimberger, DMW 1910, S.33, 34.

⁹⁴⁶ Ebermayer, Arzt im Recht, S. 152; Kahl, JW 1930, S.1545, 1546.

⁹⁴⁷ Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.11.

⁹⁴⁸ Ebermayer, Arzt im Recht, S.161.

⁹⁴⁹ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.398.

⁹⁵⁰ Ebermayer, Arzt im Recht, S.161.

der allgemeinen politischen Wirren bis 1930 fortgesetzt. Als jedoch im Juli 1930 der Reichstag aufgelöst wurde, bedeutete das auch das Ende dieses Entwurfs⁹⁵¹. Im Jahre 1930 wurde dann zwar der neue Entwurf für ein Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch in den Reichstag eingebracht. Zur einer Verabschiedung als Gesetz kam es aber auch jetzt nicht. Dem standen schon bald die immer stärker werdenden radikalen Kräfte im Reichstag entgegen⁹⁵². Mit dem Ende der Weimarer Republik im Jahre 1933 endete auch der Versuch einer Strafrechtsreform zunächst⁹⁵³.

Alle Reformbestrebungen blieben somit für die Fragen der ärztlichen Haftung ohne praktische Auswirkungen. Die Folgen ärztlicher Heilbehandlungen waren immer noch nach der oben dargestellten Rechtslage zu beurteilen.

Aber auch wenn keiner dieser zahlreichen Reformentwürfe tatsächlich umgesetzt wurde, so trugen sie doch teilweise zur besseren theoretischen Durchdringung der strafrechtlichen Behandlung der ärztlichen Heileingriffe bei. Man war in den Entwürfen seit 1911 übereinstimmend zu der Ansicht gelangt, dass der ärztliche Heileingriff unabhängig von der Einwilligung des Patienten niemals eine Körperverletzung darstellen könne. Die Willensfreiheit der Behandelten sollte durch einen eigenen Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung geschützt werden. Eine Einschränkung sollte diesbezüglich nur für die Fälle erfolgen, in denen auf die Zustimmung der Patienten aus triftigen Gründen verzichtet werden konnte⁹⁵⁴. Keine Lösung hatte man allerdings in Bezug auf die strafrechtliche Behandlung missglückter Heileingriffe gefunden. Hier wurde noch immer die tatbestandliche Erfüllung der Körperverletzungsdelikte angenommen⁹⁵⁵.

Insgesamt jedoch kamen alle Reformentwürfe nur denjenigen entgegen, die sich in der Diskussion um die strafrechtliche Erfassung ärztlicher Eingriffe den vom Reichsgericht abweichenden Literaturansichten anschlossen. Folgte man jedoch mit der obigen Argumentation der höchstrichterlichen Rechtsprechung, so waren alle Reformentwürfe ohnehin überflüssig.

5) Mögliche Rechtsfolgen ärztlicher Behandlungsfehler

a) Zivilrechtliche und strafrechtliche Rechtsfolgen

Da sich die im Arzthaftungsrecht einschlägigen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches bis zur Schuldrechtsreform nicht geändert haben, kann bezüglich der zivilrechtlichen Haftung auf die oben erfolgten Ausführungen zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform verwiesen werden.

Aufgrund des Scheiterns der Reformvorhaben blieben auch die Grundlagen für die strafrechtliche Verantwortung der Ärzte unverändert⁹⁵⁶.

b) Sonstige Rechtsfolgen

aa) *Verlust der Approbation*

Neben den zivil- und strafrechtlichen Folgen kam auch die Zurücknahme der Approbation in Betracht. Rechtliche Grundlage hierfür war § 53 Absatz 1 der Gewerbeordnung, wonach die Zulassung wegen Unwürdigkeit entzogen werden konnte⁹⁵⁷. Voraussetzung waren besonders schwere Verfehlungen gegen Sittlichkeit oder Be-

⁹⁵¹ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.407.

⁹⁵² Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.407, 408.

⁹⁵³ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.408.

⁹⁵⁴ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.123.

⁹⁵⁵ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.123.

⁹⁵⁶ Frank, StGB, 3./4. Auflage, S.289, 293, 301.

⁹⁵⁷ Flügge, Recht des Arztes, S.56.

rufstreue oder der strafrechtliche Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte. Ein bloßer Verstoß gegen die Pflichten eines sorgfältigen Arztes konnten jedoch nicht ausreichen⁹⁵⁸.

bb) Sanktionen des Ehrengerichts

Neben einer Verurteilung durch ein Zivil- oder Strafgericht konnte der Arzt aber auch mit einer Sanktion des ärztlichen Ehrengerichts belegt werden. Die Ehrengerichte waren Einrichtungen der sich seit Ende des 19. Jahrhunderts verbreitenden Ärztekammern⁹⁵⁹. Sie waren mit Mitgliedern der Ärztekammer, Mitgliedern eines ordentlichen Gerichts und Ärzten besetzt⁹⁶⁰. Ihrer Gerichtsbarkeit unterstanden alle im Bezirk des Ehrengerichts wohnhaften Ärzte mit Ausnahme von Militär- und Marineärzten sowie den Ärzten, die der staatlichen Disziplinargerichtsbarkeit unterstanden⁹⁶¹. Sie konnten entweder zwischen dem Arzt und einem Dritten schiedsgerichtlich tätig werden oder Disziplinarstrafen verhängen⁹⁶². Im Verfahren wurde untersucht, ob der betreffende Arzt seine Pflichten verletzt und deshalb eine ehrengerichtliche Bestrafung verwirkt hatte⁹⁶³. Bei einer Verurteilung kamen als Strafe eine Warnung, ein Verweis, eine Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder eine zeitlich begrenzte oder dauerhafte Entziehung des aktiven und passiven Wahlrechts zur Ärztekammer in Betracht⁹⁶⁴. Im Falle einer strafrechtlichen Verfolgung oder eines Verfahrens zur Entziehung der Approbation musste das ehrengerichtliche Verfahren ausgesetzt werden. An das Ergebnis dieser Verfahren war das Ehrengericht nur insofern gebunden, als es im Falle der Entziehung der Approbation seine Zuständigkeit verlor⁹⁶⁵.

II) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht

Aufgrund der geschilderten Rechtslage ohne spezielle Normen für ärztliche Behandlungsfehler war das Arzthaftungsrecht wie von Anfang an auch weiterhin Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung.

1) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe

Maßgeblich für die Entwicklungsmöglichkeit war somit der Umfang des zugrunde liegenden Fallmaterials. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts setzte sich die seit Mitte des 19. Jahrhunderts zu beobachtende Entwicklung fort. Die Zahl der wegen Behandlungsfehler gegen Ärzte geführten Verfahren stieg weiter an⁹⁶⁶. Dennoch hielt sich die absolute Zahl, vor allem verglichen mit der späteren Entwicklung, in Grenzen⁹⁶⁷. Statistiken und genaue Zahlen über Häufigkeit und Ausgang der Fälle fehlen allerdings⁹⁶⁸.

2) Allgemeine Tendenzen der Rechtssprechung

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte, wie bereits gezeigt, die Rechtsprechung zu Fragen des Arzthaftungsrechts noch vor nicht allzu langer Zeit eingesetzt, und die Zahl der höchstrichterlichen Entscheidungen war sehr übersichtlich geblieben.

⁹⁵⁸ Flügge, Recht des Arztes, S.56.

⁹⁵⁹ Flügge, Recht des Arztes, S.47.

⁹⁶⁰ Flügge, Recht des Arztes, S.48.

⁹⁶¹ Flügge, Recht des Arztes, S.51.

⁹⁶² Flügge, Recht des Arztes, S.52.

⁹⁶³ Flügge, Recht des Arztes, S.53.

⁹⁶⁴ Flügge, Recht des Arztes, S.54.

⁹⁶⁵ Flügge, Recht des Arztes, S.53.

⁹⁶⁶ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.173; Haberland, JW 1932, S.3304, 3304.

⁹⁶⁷ Helbron, Arzt Haftungsrecht, S.15; Schlund, VersR 1994, S.657, 657.

⁹⁶⁸ Rabel, Haftpflicht, S.70, Fn.1.

Gleichzeitig traten mit der zunehmenden Fortentwicklung der Medizin, etwa im Bereich der Röntgentechnik und der Chirurgie, immer mehr verschiedene Fall- und Problemkonstellationen auf. Um diesen wachsenden Anforderungen gerecht zu werden und um sich für die immer spezieller werdenden Fälle ein handhabbares Grundgerüst an Entscheidungsrichtlinien zu schaffen, musste sich die Rechtsprechung zu Beginn des 20. Jahrhunderts noch verstärkt mit grundsätzlichen Fragen des Arzthaftungsrechts befassen. Da keine gesetzlichen Sondervorschriften zur ärztlichen Haftung bestanden, musste die Rechtsprechung versuchen, durch Konkretisieren der zivil- und strafrechtlichen Normen richterrechtliche Grundlagen für eine verbindliche rechtliche Einordnung der ärztlichen Heileingriffe und die mit ihnen verbundenen Folgen zu entwickeln.

Um die ersten Meilensteine der Entwicklung zum heute hoch differenzierten richterrechtlichen Arzthaftungsrecht nachvollziehbar zu machen, sollen hier einige grundlegende Entscheidungen des Reichsgerichts zu diesem Bereich dargestellt werden.

3) Einzelentscheidungen mit besonderer Bedeutung

a) Entscheidungen bezüglich Einwilligung und Aufklärung

Einen auch die heutige Rechtswirklichkeit immer noch sehr stark prägenden Weg schlug das Reichsgericht vor allem mit seinen ersten Entscheidungen zu Einwilligung und Aufklärung ein.

aa) Einwilligung

Zur der grundlegenden Frage, ob ein Arzt für die Vornahme einer Heilmaßnahme der Einwilligung des Patienten bedürfe, hat das Reichsgericht erstmals ausdrücklich in seiner Entscheidung vom 31. Mai 1894 Stellung bezogen. Dort wurde nämlich nicht nur klar gestellt, dass eine ärztliche Heilbehandlung per se eine tatbestandliche Körperverletzung darstelle. Das Reichsgericht sprach vielmehr auch aus, dass diese Körperverletzung nur dann straflos bleibe, wenn der Arzt durch den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten oder des an seiner Stelle zur Einwilligung Berechtigten zu einem Eingriff ermächtigt worden sei⁹⁶⁹. Das Reichsgericht verwarf damit, wie bereits dargestellt, auch zugleich alle anderen Ansätze, die in der Literatur zur Rechtfertigung ärztlichen Handelns vertreten worden waren.

Diese Rechtsprechung bestätigte das Reichsgericht in den Folgejahren mehrmals und hielt an dieser Richtung fest⁹⁷⁰. Auf dieser Grundlage begann es auch, seine Rechtsprechung in Bezug auf die stillschweigende Einwilligung⁹⁷¹, die Zustimmung eines unmündigen Kranken⁹⁷² und die irrtümliche Annahme einer Einwilligung⁹⁷³ fort zu entwickeln. Diese Grundsätze haben bis heute Gültigkeit.

bb) Aufklärung

In Bezug auf die heute äußerst bedeutsame Aufklärungspflicht änderte das Reichsgericht seine Auffassung im Laufe seiner Rechtsprechung und kam erst allmählich zu den heute noch gültigen Grundsätzen.

⁹⁶⁹ Rabel, Haftpflicht, S.29; RGSt 25, S.375, 378, 382.

⁹⁷⁰ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.177; Ebermayer, Arzt und Patient, S.129; Spinner, Ärztliches Recht, S.230.

⁹⁷¹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.58.

⁹⁷² Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.177; Ebermayer, Arzt und Patient, S.127.

⁹⁷³ Ebermayer, Arzt und Patient, S.133; Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.18; Schlund, VersR 1994, S.657, 657; Spinner, Ärztliches Recht, S.230.

(1) Ausgangspunkt des Reichsgerichts

Zunächst widmete sich die Rechtsprechung ausschließlich der Einwilligung als Voraussetzung einer rechtmäßigen Heilbehandlung, Ausführungen zur Aufklärungspflicht fehlten völlig⁹⁷⁴. Die erste grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts hierzu erging erst am 1. März 1912⁹⁷⁵. Hier wurde die Frage, ob es die Pflicht des Arztes sei, den Kranken auf die möglichen Gefahren einer Operation aufmerksam zu machen, vom Dritten Zivilsenat des Reichsgerichts mit den Worten verneint: „Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen können, kann nicht anerkannt werden. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung lässt sich weder der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes, noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es dass der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl diese trotz der damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig ist, sei es, dass der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird⁹⁷⁶.“ Demnach sollte keine Verpflichtung des Arztes zu einer umfassenden Belehrung des Kranken bestehen. Eine solche sollte sogar dann unrichtig sein, wenn zu befürchten stand, sie könnte den Patienten zu seinem Nachteil von der Durchführung der Behandlung abhalten oder ihn in eine den Erfolg der Operation oder die Heilungsaussichten beeinflussende negative Gemütsverfassung versetzen⁹⁷⁷. In die gleiche Richtung ging auch eine Entscheidung des Sechsten Zivilsenats vom selben Tag, wonach der Arzt nicht verpflichtet sein sollte, den Patienten auf alle möglichen Folgen einer gefährlichen Operation aufmerksam zu machen, wenn es dem Patienten nach der Lage des Falles möglich sei, diese selbst zu erkennen⁹⁷⁸.

Eine allgemeine, umfassende Aufklärungspflicht lehnte das Reichsgericht somit zunächst ab⁹⁷⁹, wenngleich es die Aufklärungspflicht über schädliche Operationsfolgen grundsätzlich bejahte. Es räumte bei der Erfüllung dieser Pflicht dem Arzt zwar hinsichtlich des Umfangs einen weiten Ermessensspielraum ein⁹⁸⁰, warnte jedoch davor, die Aufklärung zu umfassend vorzunehmen. Daraus wird erkennbar, dass es der Aufklärung des Patienten noch keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, sie eher als potentielle Gefährdung der Behandlung betonte⁹⁸¹. Das Reichsgericht hielt noch in einer Entscheidung vom 4. Mai 1920 an diesem Standpunkt fest⁹⁸².

(2) Fortentwicklung der Rechtsprechung

Die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Aufklärungspflicht erfuhr dann insofern einen Wandel, als das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zunehmend in den Vordergrund trat und das ärztliche Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Aufklärung immer stärker eingeschränkt wurde⁹⁸³. Auch begann das Reichsgericht

⁹⁷⁴ Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.80; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.27.

⁹⁷⁵ RGZ 78, S.432 ff.

⁹⁷⁶ vgl. Dietrich/ Rapmund, *Ärztliche Rechtskunde*, Band I, 2. Auflage, S.1342; RGZ 78, S.432, 433.

⁹⁷⁷ Ebermayer, *Arzt und Patient*, S.83.

⁹⁷⁸ vgl. Ebermayer, *Arzt und Patient*, S.137.

⁹⁷⁹ Ebermayer, *Arzt im Recht*, S.97.

⁹⁸⁰ Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.63; Kim, *Aufklärungspflicht*, S.22; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.48.

⁹⁸¹ Goldhahn/ Hartmann, *Chirurgie und Recht*, S.44; Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.64; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.48.

⁹⁸² Drost/ Hübner, *Haftpflchtrecht*, S.34; Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.64.

⁹⁸³ Kim, *Aufklärungspflicht*, S.22.

erstmal in den dreißiger Jahren, Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht zu zusprechen⁹⁸⁴.

In einer Entscheidung vom 19. Mai 1931⁹⁸⁵ führte das Gericht nämlich aus, der Arzt müsse den Patienten vor der Durchführung eines Eingriffs darüber belehren, dass die Operation nicht auf jeden Fall den erhofften Erfolg herbeiführe oder dass er gewisse Nebenwirkungen für nicht unmöglich halte⁹⁸⁶. Dennoch sei es nicht Pflicht des Arztes, den Kranken rücksichtslos über eine mögliche Bösartigkeit seines Leidens zu unterrichten⁹⁸⁷.

Noch weiter wurde der bisherige Ermessensspielraum des Arztes bei der Aufklärung dann durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. Februar 1932⁹⁸⁸ eingeschränkt. Der Arzt dürfe dem Patienten auch bei schweren und lebensgefährlichen Krankheiten nicht seinen wahren Zustand verheimlichen, da der Patient ein Interesse an und einen Anspruch auf eine wahrheitsgemäße Aufklärung durch den Arzt habe, dem er sein Vertrauen geschenkt habe⁹⁸⁹. Dieses Interesse des Patienten bestehe darin, für die Zeit nach seinem möglichen Ableben persönliche und geschäftliche Dispositionen treffen zu können⁹⁹⁰. Eine Grenze für die Aufklärung bestehe dann, wenn sich die umfassende Aufklärung aus besonderen Gründen des speziellen Falls negativ auf den Heilungsverlauf auswirken könnte⁹⁹¹. Also stehe in erster Linie nicht mehr der Umfang, sondern nur noch die Art der Aufklärung im Ermessen des Arztes⁹⁹². Im Zweifelsfall solle, so das Reichsgericht weiter, ein Sachverständigengutachten klären, ob der Arzt durch einen Verstoß gegen den Umfang der Aufklärungspflicht oder gegen die angebrachte Art der Aufklärung einen Behandlungsfehler begangen habe⁹⁹³.

Diese Erweiterungen der Rechtsprechung stießen vor allem in Ärztekreisen auf heftigste Kritik⁹⁹⁴. Durch diese Rechtsprechung werde der Arzt gezwungen, gegen seine ärztliche Pflicht zu verstoßen, um rechtliche Nachteile für sich selbst zu vermeiden. Die Aufklärung könne nämlich nach den Erfahrungen der Ärzte gerade in schweren Fällen fatale Auswirkungen auf die Psyche des Kranken und die Heilungserfolge haben, vor allem dann, wenn sie in dem von der Rechtsprechung vorgeschriebenen Maße durchgeführt werde⁹⁹⁵. Ferner stelle sich die nachträgliche Beurteilung einer bereits erfolgten Aufklärung als unmöglich dar, da für einen außenstehenden Sachverständigen die Situation zum Zeitpunkt der Aufklärung nicht mehr rekonstruierbar sei⁹⁹⁶. Auch die Einschränkung der Aufklärungspflicht im Falle anderenfalls verminderter Heilungschancen sei gerade in den Fällen völlig verfehlt, in denen eine so schwere Erkrankung vorliege, dass eine Heilung nicht mehr zu erwarten sei. Gerade dann würden die Patienten durch die Wahrheit für die ihnen noch verbleibende Lebenszeit besonders schwer belastet⁹⁹⁷. Die neue Rechtsprechung sei damit im Ergebnis deshalb abzulehnen, weil die überzogene Aufklärungs-

⁹⁸⁴ Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.81.

⁹⁸⁵ RG JW 1932, S.3328 f.

⁹⁸⁶ RG JW 1932, S.3328, 3328.

⁹⁸⁷ vgl. Kim, *Aufklärungspflicht*, S.23; RG JW 1932, S.3328, 3329.

⁹⁸⁸ RG JW 1933, S.2062 f.

⁹⁸⁹ vgl. Kim, *Aufklärungspflicht*, S.24; RG JW 1933, S.2062, 2063.

⁹⁹⁰ vgl. Bohne, *DMW* 1934, S.685, 686; RG JW 1933, S.2062, 2063.

⁹⁹¹ vgl. Goldhahn/ Hartmann, *Chirurgie und Recht*, S.36; RG JW 1933, S.2062, 2063.

⁹⁹² RG JW 1933, S.2062, 2063.

⁹⁹³ vgl. Goldhahn/ Hartmann, *Chirurgie und Recht*, S.36; RG JW 1933, S.2062, 2063.

⁹⁹⁴ Drost/ Hübner, *Haftpflichtrecht*, S.34.

⁹⁹⁵ Goldhahn/ Hartmann, *Chirurgie und Recht*, S.36, 37.

⁹⁹⁶ Goldhahn/ Hartmann, *Chirurgie und Recht*, S.37.

⁹⁹⁷ Goldhahn/ Hartmann, *Chirurgie und Recht*, S.37.

pflicht dem Patienten durch Verhindern angebrachter Heilmethoden Schaden zufügen und dem Arzt die besten Behandlungschancen nehmen⁹⁹⁸.

Diese Kritik war aber jedenfalls insofern nicht vollständig berechtigt, als die beiden zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts nicht verallgemeinert werden durften, wenngleich das Gericht auch in späteren Entscheidungen strenge Maßstäbe an die Aufklärungspflicht des Arztes anlegte. Einer Verallgemeinerung stand entgegen, dass das Reichsgericht bei diesen Entscheidungen auch jeweils die Besonderheiten des einzelnen Falles vor Augen hatte. Spätere Entscheidungen enthalten dagegen wieder deutliche Einschränkungen der Aufklärungspflicht⁹⁹⁹. In den dreißiger Jahren befassten sich im Anschluss an diese beiden Entscheidungen nämlich in kurzer Zeit immer mehr Urteile mit der ärztlichen Aufklärungspflicht und die Faktoren, die Einfluss auf deren Umfang haben sollten, wurden immer differenzierter festgelegt¹⁰⁰⁰. Ein Vorrang der Aufklärungs- gegenüber der Hilfeleistungspflicht war dann nicht mehr in dem Maße zu erkennen wie bei den ersten beiden Entscheidungen, in denen das Reichsgericht seinen Richtungswechsel einläutete¹⁰⁰¹. Dennoch war mit diesen Entscheidungen ein erster Schritt hin zur weiten Aufklärungspflicht getan. Insgesamt spielte die Aufklärungspflicht aber in der damaligen Rechtsprechung keine mit heute vergleichbare Rolle¹⁰⁰², es galt vielmehr, Grundrichtungen fest zu legen.

b) Entscheidungen zu Einzelfragen des ärztlichen Behandlungsverhältnisses

Auch in anderen Bereichen begann das Reichsgericht, Grundlinien für die ärztliche Behandlungsfehlerhaftung vorzugeben.

aa) Fragen aus dem Bereich des Verschuldens

Bereits in der zitierten Entscheidung vom 1. März 1912 hatte das Reichsgericht grundsätzlich bemerkt, dass bei der Beurteilung ärztlichen Handelns stets zu berücksichtigen sei, dass auch der geschickteste Arzt nicht mit der Präzision einer Maschine arbeite, und dass trotz aller Fähigkeiten und Sorgfalt des Operators ein Griff, ein Stich oder ein Schnitt misslingen könne, der regelmäßig auch dem betreffenden Operateur gelinge¹⁰⁰³. Somit war ein erster Maßstab mit großer Bedeutung für die Beurteilung der Fahrlässigkeit gegeben¹⁰⁰⁴.

Am 1. Dezember 1931¹⁰⁰⁵ erging dann eine weitere grundlegende Entscheidung zu den Voraussetzungen der strafrechtlichen Fahrlässigkeit beim ärztlichen Handeln, in der auch eine allgemeine Definition gegeben wurde¹⁰⁰⁶. Eine Fahrlässigkeit des Arztes sei nur dann anzunehmen, wenn der Arzt die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande gewesen wäre, außer acht gelassen habe, und er infolgedessen entweder den Erfolg, den er bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte voraussehen können, nicht vorausgesehen habe (unbewusste Fahrlässigkeit) oder den Eintritt des Erfolges zwar für möglich gehalten, aber darauf vertraut habe, er werde nicht eintreten (bewusste Fahrlässigkeit). Zudem sollte Voraussetzung für die strafrechtliche Zurechnung des Erfolges sein, dass keine besonderen Umstände vorgelegen haben, die ein anderes Verhalten unzumutbar hätten erscheinen lassen, obwohl die Möglichkeit der tatbestandsmäßigen Erfolgs voraussehbar war oder vorhergesehen

⁹⁹⁸ Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.41.

⁹⁹⁹ Drost/ Hübner, Haftpflichtrecht, S.35; Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.66.

¹⁰⁰⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.66.

¹⁰⁰¹ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.68.

¹⁰⁰² Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.92.

¹⁰⁰³ vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.54; RGZ 78, S.432, 435.

¹⁰⁰⁴ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.55.

¹⁰⁰⁵ RGSt 67, S.12 ff.

¹⁰⁰⁶ Ponsold, Lehrbuch, 2. Auflage, S.59.

wurde¹⁰⁰⁷. Durch diese Entscheidung hat das Reichsgericht erstmals seine sonst allgemein festgesetzten Kriterien für die Fahrlässigkeit ausdrücklich und grundsätzlich auf die Arzthaftung übertragen¹⁰⁰⁸ und damit die Grundlagen auch für die heutige Beurteilung ärztlicher Fahrlässigkeit geschaffen.

bb) Pflichten des Arztes

Das Reichsgericht begann außerdem, in ersten grundlegenden Entscheidungen die verschiedenen Pflichten der Ärzte zu konkretisieren.

(1) Fortbildungspflicht

Beispielsweise setzte das Reichsgericht mit seiner Entscheidung vom 8. Juli 1930¹⁰⁰⁹ erste, bis in die heutige Zeit gültige Maßstäbe für die Anforderungen an die ärztliche Fortbildung¹⁰¹⁰. Es stellte hier die Verpflichtung des Arztes auf, sich in Grundzügen stets über den neuesten Stand der Wissenschaft zu informieren und für neue Methoden und Ansichten offen zu sein, wenn sie bisher angewandten Methoden ganz entscheidend überlegen waren¹⁰¹¹. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse sollte er dann im Rahmen seiner eigenen Arbeit umsetzen, wobei er seine eigenen Erfahrungen und Erkenntnisse jedoch nicht ganz außer Acht lassen musste und durfte¹⁰¹².

(2) Kurierfreiheit

Große Bedeutung wurde dieser Entscheidung vom 8. Juli 1930 und einem weiteren Urteil vom 1. Dezember 1931 aber auch deshalb beigemessen, weil das Reichsgericht hier erste Grundsätze für die ärztliche Kurierfreiheit aufstellte¹⁰¹³.

Danach sollten die Ärzte und andere Heilkundige im Bereich der Diagnose und Therapie nicht an die „allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft“ gebunden sein und dieser Grundsatz sollte für alle Krankheiten und alle mit Heilungswillen durchgeführten Behandlungen gelten, so lange nicht eine ausdrückliche Spezialregelung entgegenstand¹⁰¹⁴. Damit stellte das Reichsgericht zwar zum einen klar, dass die von der Wissenschaft nicht anerkannten Außenseitermethoden nicht von vorne herein abzulehnen waren und dass ihre Anwendung nicht stets eine Pflichtverletzung darstellen sollte¹⁰¹⁵. Dennoch wollte man aber willkürliches Handeln unterbinden. Dazu sollte zum ersten die oben erwähnte Fortbildungspflicht beitragen¹⁰¹⁶. Zum zweiten durfte nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen von der allgemeinen Ansicht abgewichen werden. Dazu mussten sachliche Gründe vorliegen, wie etwa der, dass der Arzt bei einer Methode schwere andere Nachteile für den Kranken erwartete oder dass er aus triftigen Gründen die Wirksamkeit einer Heilmaßnahme bezweifelte¹⁰¹⁷. Unter diesen Voraussetzungen durfte der Arzt oder sonstige Behandelnde zwar von der herrschenden Lehre abweichen, er durfte aber die von ihm verfolgte andere Richtung nur dann als Grundlage der Behandlung heranziehen, wenn er die Wirksamkeit dieses Heilverfahrens ständig und gewissenhaft überprüfte. Sollte er die Erfolglosigkeit seiner Maßnahmen erkannt haben, so war er verpflichtet, einen anderen Arzt oder

¹⁰⁰⁷ vgl. Ponsold, Lehrbuch, 2. Auflage, S.59; RGSt 67, S.12, 18.

¹⁰⁰⁸ Ponsold, Lehrbuch, 2. Auflage, S.59.

¹⁰⁰⁹ RG JW 1931, 1483 ff.

¹⁰¹⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.34.

¹⁰¹¹ RG JW 1931, S.1483, 1484.

¹⁰¹² vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.67; RG JW 1931, S.1483, 1485.

¹⁰¹³ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.144.

¹⁰¹⁴ RG JW 1931, S.1483, 1484.

¹⁰¹⁵ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.144.

¹⁰¹⁶ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.145.

¹⁰¹⁷ RG JW 1931, S.1483, 1484; vgl. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.146.

einen Facharzt heranzuziehen¹⁰¹⁸. Da diese Voraussetzungen sehr eng waren, sollten nach der Ansicht des Reichsgerichts im Regelfall wohl doch die Erkenntnisse der herrschenden Ansicht in der Wissenschaft maßgeblich sein¹⁰¹⁹.

Diese Entscheidungen waren bedeutsam, da sie das Verhältnis von Schulmedizin und Außenseitermethoden erstmals ausdrücklich klärten. Die bisherigen Entscheidungen hatten keine klare Stellung zwischen den verschiedenen ärztlichen Richtungen bezogen¹⁰²⁰ und im Wesentlichen nur die Fahrlässigkeit bei Verfolgen einer Richtung umschrieben¹⁰²¹. Diese grundsätzlichen Aussagen waren angesichts der weit verbreiteten Naturheilkunde und des immer noch weit verbreiteten Kurfuscherturns von großer Bedeutung.

cc) Schadensminderungspflicht des Patienten

Wichtige Auswirkungen auf die Schadensersatzpflicht des Arztes im Falle eines Behandlungsfehlers hatte auch eine grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. November 1911¹⁰²² zur Schadensminderungspflicht des durch einen ärztlichen Eingriff geschädigten Patienten¹⁰²³.

Hier trat ein vollständiger Wandel der bisherigen Rechtsprechung ein. Das Reichsgericht hatte bis dahin angenommen, niemand könne zur Duldung eines operativen Eingriffs verpflichtet werden, wenn dieser dazu dienen solle, im Interesse des anderen dessen Schadensersatzpflicht zu mindern¹⁰²⁴. Die Rechtsprechung stellte sich nunmehr auf den Standpunkt, unter bestimmten Voraussetzungen könne eine solche Verpflichtung durchaus in Betracht kommen. Es müsse sich zum ersten bei der korrigierenden Operation um einen Eingriff ohne Gefahren für den Patienten handeln¹⁰²⁵. Dazu müssten nach der damals gegenwärtigen Erkenntnis der Wissenschaft Komplikationen auszuschließen sein, wobei unvorhersehbare Umstände außer Betracht bleiben sollten. Deshalb aber wurden zum Beispiel Eingriffe unter Narkose anfangs als unzumutbar abgelehnt¹⁰²⁶. Auch durfte der Eingriff zum zweiten nicht mit nennenswerten Schmerzen verbunden sein und er musste zum dritten nach Aussage eines Sachverständigen die Heilung oder zumindest eine erhebliche Verbesserung mit Sicherheit erwarten lassen¹⁰²⁷. Zuletzt musste noch, so das Reichsgericht, die Finanzierung der Maßnahme durch eine Kostenzusage des Arztes oder einen Vorschuss vollständig sichergestellt sein¹⁰²⁸. Lasse der Patient bei Vorliegen all dieser Voraussetzungen den Eingriff dennoch nicht vornehmen, so liege mitwirkendes Verschulden im Sinne von § 254 BGB vor¹⁰²⁹. Der Umfang des Schadensersatzanspruchs sollte dann reduziert werden können.

Eine Erweiterung erfuhr diese Rechtsprechung durch ein Urteil des Reichsgerichts vom 15. Dezember 1932¹⁰³⁰. In diesem Urteil wurde erstmals das Durchführen eines wiederherstellenden Eingriffs unter Allgemeinnarkose als zumutbar beurteilt¹⁰³¹. Die frühere Rechtsprechung habe nicht etwa grundsätzlich, sondern nur wegen des damaligen Standes der Anästhesie eine Operation unter Narkose als zu riskant ab-

¹⁰¹⁸ RG JW 1931, S.1483, 1484; vgl. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.146.

¹⁰¹⁹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.146.

¹⁰²⁰ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.72.

¹⁰²¹ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.73.

¹⁰²² RGZ 83, S.15 ff.

¹⁰²³ Ebermayer, Arzt und Patient, S.199.

¹⁰²⁴ vgl. Ebermayer, Arzt und Patient, S.199; RGZ 83, S.15, 18.

¹⁰²⁵ RGZ 83, S.15, 18.

¹⁰²⁶ vgl. Ebermayer, Arzt und Patient, S.199; RGZ 83, S.15, 19.

¹⁰²⁷ vgl. Ebermayer, Arzt und Patient, S.199; RGZ 83, S.15, 19.

¹⁰²⁸ vgl. Ebermayer, Arzt und Patient, S.199; RGZ 83, S.15, 20.

¹⁰²⁹ vgl. Ebermayer, Arzt im Recht, S.95; RGZ 83, S.15, 18.

¹⁰³⁰ RGZ 139, S.131 ff.

¹⁰³¹ vgl. Drost/ Hübner, Haftpflichtrecht, S.27; RGZ 139, S.131, 134.

gelehnt¹⁰³². Diese Entscheidung weitete den Kreis der zumutbaren Eingriffe erheblich aus.

Der Bundesgerichtshof hat später diese vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze übernommen¹⁰³³.

c) Entscheidungen zur prozessualen Geltendmachung der Arzthaftungsansprüche

Das Reichsgericht begann aber nicht nur, Grundlinien für das materielle Behandlungsfehlerrecht vorzugeben, sondern es traf auch in Bezug auf die prozessuale Durchsetzung der Arzthaftungsansprüche erste grundsätzliche Entscheidungen.

aa) Grundsätzliche Beweislast

Das Reichsgericht hat in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 1. März 1912¹⁰³⁴ auch die grundsätzliche Verteilung der Beweislast im Arzthaftungsprozess festgelegt. Es sprach sich dafür aus, dass es keinesfalls zu Lasten des Arztes gehen dürfe, wenn die Ursachen für eine Schädigung des Patienten durch einen ärztlichen Eingriff im Prozess nicht geklärt werden könnten. Es sei nämlich auch für den Arzt häufig nicht möglich, die Ursachen für den Behandlungsfehler zu beweisen. Wollte man ihm dennoch die Beweislast hierfür aufbürden, so ginge diese von ihm unverschuldete Unmöglichkeit immer zu seinen Lasten. Ein solches Ergebnis könne „selbstverständlich“ nicht hingenommen werden¹⁰³⁵.

Diese Grundsatzentscheidung gab den Weg vor für die später in vielen Entscheidungen bestätigte und auch vom BGH übernommene grundsätzliche Beweislastverteilung, nach der der Patient in der Rolle des Klägers bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen beweisbelastet war und ist¹⁰³⁶.

bb) Modifikation der Beweislast

Eine weitere grundsätzliche Entscheidung auf dem Gebiet des Prozessrechts erging am 28. März 1930¹⁰³⁷. Hier wurde eine durch den Beklagten herbeigeführte Lücke in der Beweisführung zu seinen Lasten gewertet. Der Beklagte hatte im Rahmen der Behandlung Röntgenbilder zur Erhebung des Befundes nicht angefertigt¹⁰³⁸, so dass im Prozess die Sachverständigen wegen des Fehlens dieser Bilder keine eindeutigen Aussagen treffen konnten, mithin der Behandlungsfehler nicht aufklärbar war¹⁰³⁹.

Damit wurde der allgemeine Grundsatz auf den Arzthaftungsprozess übertragen, dass der Richter bei von einer Seite schuldhaft herbeigeführter Unaufklärbarkeit im Rahmen der Beurteilung der Beweislage negative Folgerungen zu Lasten dieser Partei ziehen darf¹⁰⁴⁰. Diese Grundsätze hat der BGH bis heute, wenn auch in leicht abgewandelter Form beibehalten¹⁰⁴¹.

d) Sonstige Entscheidungen

Neben den eben angeführten Entscheidungen, denen grundlegende Bedeutung beigemessen wurde und die die Rechtssprechung zum Teil bis heute geprägt haben, ergingen selbstverständlich auch damals weitere einzelne Entscheidungen in

¹⁰³² vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.188, 189; RGZ 139, S.131, 134.

¹⁰³³ Drost/ Hübner, Haftpflichtrecht, S.27.

¹⁰³⁴ RGZ 78, S.432 ff.

¹⁰³⁵ vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.85; RGZ 78, S.432, 435.

¹⁰³⁶ vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.84; RG Chirurg 1932, S.629, 630.

¹⁰³⁷ RG Chirurg 1932, S.629 ff.

¹⁰³⁸ RG Chirurg 1932, S.629, 629.

¹⁰³⁹ RG Chirurg 1932, S.629, 631.

¹⁰⁴⁰ vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.166; RG Chirurg 1932, S.629, 631.

¹⁰⁴¹ Park, Arzthaftungsrecht, S.113.

den verschiedensten Bereichen des ärztlichen Handelns. Diese konkretisierten jeweils die Voraussetzungen für die ärztliche Verantwortlichkeit, waren jedoch entweder auf den speziellen Einzelfall zugeschnitten oder waren insofern nicht von besonderer Bedeutung, als sie weder umstrittene Fragen klärten, noch in Grundfragen richtungweisend für die Rechtsprechung waren. Sie bezogen sich etwa auf die Untersuchungsanforderungen beim möglichen Einsatz von Röntgengeräten¹⁰⁴², auf das Verschulden beim Einsatz von Personal¹⁰⁴³ oder auf den kausalen Zusammenhang zwischen Fehler des Arztes und Schädigung des Patienten¹⁰⁴⁴. Auch im Bereich der prozessualen Durchsetzung der Arzthaftungsansprüche ergingen einige weitere Entscheidungen, wie etwa die Anerkennung des prima-facie-Beweises in eng begrenzten Einzelfällen¹⁰⁴⁵. Ein ärztlicher Bereich, der die Rechtsprechung auffallend häufig beschäftigte, ohne dass jedoch einzelne Entscheidungen von besonderer Bedeutung zu verzeichnen wären, stellte die Behandlung mit Röntgenstrahlen zur Diagnose oder Therapie dar¹⁰⁴⁶.

4) Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Zeitraum zwischen Erlass des BGB und 1933 lässt sich somit dahingehend zusammenfassen, dass das Reichsgericht die steigende Zahl der Verfahren dazu nutzte, zukunftsweisende Weichen für das Arzthaftungsrecht zu stellen. Es setzte sich mit verschiedensten grundlegenden Fragen auseinander, wie der Notwendigkeit der Einwilligung, dem Festlegen des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Arzthaftungsrecht, der Festlegung der Grenzen der ärztlichen Kurierfreiheit zur Bekämpfung des Kurpfuschertums und der Schadensminderungspflicht des Patienten bei der Beseitigung der Folgen eines ärztlichen Behandlungsfehlers. Besonders bedeutsam für die spätere Rechtsentwicklung war, dass die Rechtsprechung damit begann, die Notwendigkeit der ärztlichen Aufklärung zu bejahen und sogar Schadensersatz bei einer Verletzung dieser Pflicht zuzusprechen. Das Reichsgericht legte außerdem die Beweislastverteilung für den Bereich der Arzthaftung fest. Durch das Klären dieser grundsätzlichen Fragen im Arzt-Patienten-Verhältnis und in Ansätzen auch schon der prozessualen Durchsetzung hat die Rechtsprechung die richterrechtlichen Grundlagen des Arzthaftungsrechts zu entwickeln begonnen und Grundsätze und Richtungen vorgegeben, die noch heute gültig sind.

III) Diskussionsgegenstände in der Literatur

Während sich somit die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts stark weiterentwickelte und einige grundlegende Weichenstellungen vornehmen konnte, wurde die Literatur zu Beginn des 20. Jahrhunderts nicht von grundlegend neuen Fragen beherrscht. Man begann vielmehr, die immer stärker zunehmende Rechtssprechung als Grundsätze in Handbüchern für die ärztliche Berufsausübung zusammenzufassen. Großer Diskussionspunkt war daneben aber immer noch, parallel zu den verschiedenen Reformversuchen, die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung.

Dabei vertrat die herrschende Ansicht weiter die Auffassung, dass der ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne darstelle¹⁰⁴⁷, die durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden könne¹⁰⁴⁸. Die anderen Recht-

¹⁰⁴² König/ Köstlin, Haftpflicht, S.60 bis 62.

¹⁰⁴³ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.179, Fn.1.

¹⁰⁴⁴ Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage, S.179, Fn.2.

¹⁰⁴⁵ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.87.

¹⁰⁴⁶ Ebermayer, Arzt und Patient, S.115.

¹⁰⁴⁷ Behr, GS 1903, S.400, 400.

¹⁰⁴⁸ Frank, StGB, 16. Auflage, S.445.

fertigungsansätze wie etwa das Gewohnheitsrecht, das Berufsrecht oder der anerkannte Zweck¹⁰⁴⁹ wurden daneben ebenfalls noch vertreten¹⁰⁵⁰. Für¹⁰⁵¹ oder gegen¹⁰⁵² all diese Ansichten wurden im Wesentlichen nochmals die bereits früher ausgeführten Argumente vorgebracht.

Ein ganz neues Modell zur Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe entwickelte dagegen Rosenberg. Auch er ging davon aus, ein ärztlicher Eingriff sei grundsätzlich als Körperverletzung zu werten¹⁰⁵³. Er vertrat aber den Ansatz, das Recht des Arztes zur Vornahme dieses Eingriffs folge entweder aus dem Auftrag einer Privatperson, die für sich oder einen anderen sorgeberechtigt sei, aus dem Auftrag einer Behörde, die für einen Bürger sorgeberechtigt sei, oder aus dem Gesetz aus den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag¹⁰⁵⁴. Handle der Arzt demnach bei der Vornahme des Heileingriffs „im Auftrag und an Stelle des Fürsorgeberechtigten“, so sollten diese beiden Aspekte zugleich den Wirkungskreis des Arztes beschränken¹⁰⁵⁵. Verweigere der Fürsorgeberechtigte die Auftragserteilung und könne das Vormundschaftsgericht nicht rechtzeitig eingeschaltet werden, oder sei der für sich selbst sorgeberechtigte Patient außer Stande, den Auftrag zu erteilen, so richte sich die Rechtfertigung des Arztes nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag¹⁰⁵⁶. Rosenbergs Begründung für sein Modell erschöpfte sich darin, dass es alle bekannten Nachteile der anderen Ansichten vermeide, die der Autor nochmals darlegte¹⁰⁵⁷.

Diese Ansicht stieß in der Literatur verschiedentlich auf Kritik. Als Gegenargument wurde darauf hingewiesen, die Geschäftsführung ohne Auftrag sei grundsätzlich unentgeltlich, während der Arzt einen Vergütungsanspruch habe, wenn auch nur aus ungerechtfertigter Bereicherung¹⁰⁵⁸. Zudem stelle die Heilbehandlung gar kein Geschäft an Stelle des Patienten dar, da dieser hierzu gar nicht in der Lage wäre. Deshalb handle es sich nicht um ein fremdes, sondern um ein subjektives, eigenes Geschäft des Arztes¹⁰⁵⁹. Auch sei es in vielen Fällen fraglich, ob der Arzt überhaupt nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten handle. Ein öffentliches Interesse an der Duldung der Heilbehandlung, das den Willen des Patienten unbeachtlich machen könnte, bestünde bei Heilbehandlungen jedenfalls nicht¹⁰⁶⁰. Es wurde des Weiteren eingewandt, weder der Patient selbst noch der Sorgeberechtigte seien dazu befugt, den Auftrag zu einer Körperverletzung zu erteilen, die an sich rechtswidrig und für die kein weiterer Rechtfertigungsgrund ersichtlich sei. Wenn danach aber die Handlung bei dem Vorliegen eines entsprechenden Auftrags schon nicht rechtmäßig sein könne, dann erst recht nicht beim Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag¹⁰⁶¹.

¹⁰⁴⁹ v.Liszt, Strafrecht, 23. Auflage, S.154, 155; Schmidt, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S.27.

¹⁰⁵⁰ Frank, StGB, 16. Auflage, S.446.

¹⁰⁵¹ Behr, GS 1903, S.400, 404 (Ärztliches Berufsrecht), 410 bis 412 (Gewohnheitsrecht); Kahl, ZStW 1909, S.351, 370, 371 (Berufsrecht).

¹⁰⁵² Behr, GS 1903, S.400, 403 (Sittliche Befugnis des Patienten zur Erteilung der Einwilligung), 404, 405 (Ärztliches Berufsrecht), 407 (Rechtfertigende Einwilligung), 408 (Gewohnheitsrecht); Kahl, ZStW 1909, S.351, 364 bis 368 (Einwilligung); Rosenberg, GS 1903, S.62, 77, 78 (Berufsrecht), 78 (Einwilligung), 80, 81 (Ärztlicher Zweck); Spinner, Ärztliches Recht, S.186 (Berufsrecht), 187 (Gewohnheitsrecht).

¹⁰⁵³ Rosenberg, GS 1903, S.62, 71.

¹⁰⁵⁴ Kohlrausch/ Schmidt, ZStW 1903, S.603, 612; Rosenberg, GS 1903, S.62, 82.

¹⁰⁵⁵ Behr, GS 1903, S.400, 416; Rosenberg, GS 1903, S.62, 73.

¹⁰⁵⁶ Behr, GS 1903, S.400, 416; Rosenberg, GS 1903, S.62, 73, 74, 74.

¹⁰⁵⁷ Rosenberg, GS 1903, S.62, 76.

¹⁰⁵⁸ Behr, GS 1903, S.400, 417.

¹⁰⁵⁹ Behr, GS 1903, S.400, 419, 420.

¹⁰⁶⁰ Behr, GS 1903, S.400, 420, 422.

¹⁰⁶¹ Kohlrausch/ Schmidt, ZStW 1903, S.603, 612.

Fraglich ist aber, ob diese Kritik berechtigt war. In wesentlichen Grundgedanken war dieser Ansatz von der Ansicht, die die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund annahm, gar nicht so weit entfernt. In der Erteilung des Auftrags durch den Patienten oder seinen Sorgeberechtigten konnte die Einwilligung in die Behandlung gesehen werden. Im Rahmen der anderenfalls eingreifenden Geschäftsführung ohne Auftrag sollte, wie im Rahmen der herrschenden Ansicht für die Beurteilung der mutmaßlichen Einwilligung, für die Feststellung des Willens in Zweifelsfällen das wirkliche oder mutmaßliche Interesse des Betroffenen maßgeblich sein. Somit standen hinter dem Modell Rosenbergs und der herrschenden Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung in etwa dieselben Wertungen und beide Ansichten dürften in den einzelnen Fällen zu gleichen Ergebnissen gekommen sein.

Einige Autoren vertraten trotz der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts immer noch die Ansicht, die kunstgerechte ärztliche Heilbehandlung stelle weder eine Misshandlung noch eine Gesundheitsschädigung im Sinne der Körperverletzungsvorschriften dar¹⁰⁶². Auch für¹⁰⁶³ und gegen¹⁰⁶⁴ diese Meinung wurden bereits bekannte Argumente wiederholt. Als neuer Gesichtspunkt dagegen wurde angeführt, dass dadurch, dass diese Ansicht bei der Beurteilung der Heilmaßnahme auf den Enderfolg abstelle, ein Schwebezustand zwischen Vornahme des Heileingriffs und Eintritt des Heilungserfolges entstehe, in dem eine rechtliche Beurteilung unmöglich sei und damit Rechtsunsicherheit eintrete¹⁰⁶⁵.

Zusammenfassend kann man sagen, dass sich die Standpunkte und die Argumentation von kleinen Ergänzungen abgesehen nicht geändert haben. Aus den oben ausgeführten Gründen vertrat deshalb noch immer die herrschende Meinung den überzeugenderen Ansatz.

IV) Zusammenfassung

Der Entwicklungsstand des Arzthaftungsrechts zu Beginn des 20. Jahrhunderts lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Rechtslage war erstmals sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht für das ganze Reich einheitlich fixiert. Sonderbestimmungen fehlten aber vollständig. Auch die vor allem durch die Literatur des ausgehenden 19. Jahrhunderts angeregten Reformpläne auf dem Gebiet des Strafrechts waren gescheitert. Somit war die Rechtsprechung angesichts der steigenden Zahl an Arzthaftungsprozessen gezwungen, erste grundsätzliche Entscheidungen zu fällen und richterrechtliche Maßstäbe für die Beurteilung ärztlicher Behandlungsfehler aufzustellen, die teilweise noch bis heute Gültigkeit beanspruchen. Dadurch kam es statt einer Aburteilung von Einzelfällen wie in der früheren Zeit zum Festlegen erster Prinzipien für ein immer differenzierteres Richterrecht. In der Literatur wurden nicht mehr grundsätzlich neue Fragen dogmatisch zu erfassen versucht, sondern man begann vor allem, die Ergebnisse der zunehmenden Rechtsprechung zusammenzufassen.

Die Problematik des Arzthaftungsrechts begann also deutlich an Bedeutung zu gewinnen, und man versuchte, ein rechtliches System mit allgemeinen Grundsätzen für deren Beurteilung zu erstellen. Mit dieser zunehmenden Differenzierung war ein deutlicher Schritt hin zum modernen Arzthaftungsrecht erfolgt.

¹⁰⁶² Behr, GS 1903, S.400, 400; Frank, StGB, 16. Auflage, S.445; Kahl, ZStW 1909, S.351, 368, 369; Spinner, Ärztliches Recht, S.195; Stooß, DJZ 1902, S.566, 566, 567.

¹⁰⁶³ Behr, GS 1903, S.400, 400; Frank, StGB, 16. Auflage, S.445; Spinner, Ärztliches Recht, S.195; Stooß, DJZ 1902, S.566, 566, 567.

¹⁰⁶⁴ Rosenberg, GS 1903, S.62, 76.

¹⁰⁶⁵ Behr, GS 1903, S.400, 401.

C) Arzthaftungsrecht von 1933 bis 1950

I) Rechtliche Grundlagen und mögliche Rechtsfolgen

Diese Entwicklung des Arzthaftungsrechts ging auch in der Zeit des Nationalsozialismus weiter, ohne dass sich die Ideologie auf diese Materie nennenswert praktisch auswirkte.

1) Allgemeine Auswirkungen der nationalsozialistischen Ideologie auf die Gesetzgebung

Prägend für die Zeit des Nationalsozialismus war ein vollständig neues Menschenbild, das sich auch in den rechtlichen Auffassungen der damaligen Zeit niederschlagen musste. Man hatte bislang die subjektiven Rechte des einzelnen betont, in die von Seiten des Staates nur sehr begrenzt eingegriffen werden durfte.¹⁰⁶⁶ Der Nationalsozialismus stellte dagegen die „Volksgemeinschaft“, die Gesamtheit der „durch Blut und Treue verbundenen“ Deutschen, in den „Mittelpunkt des Denkens und Wollens“. Die sogenannte Treueverpflichtung sollte den einzelnen dazu anleiten, sein Verhalten auf den Einzelnen und den Staat „als lebendige deutsche Gemeinschaft“, auszurichten. Maßstab für das Einhalten dieser Verpflichtung sollte neben den Gesetzen vor allem das „gesunde Volksempfinden“ sein.¹⁰⁶⁷ Die Rechte des einzelnen waren somit fortan stets an die Belange der Gemeinschaft und des Staates gebunden und mit jedem Recht für den einzelnen sollte auch eine Verpflichtung der Allgemeinheit gegenüber verbunden sein.¹⁰⁶⁸ Diese Ideologie wurde vor allem dadurch im Recht verwurzelt, dass die geltende Rechtsordnung durch nationalsozialistische Interpretationen überformt wurde, etwa durch das Einfüllstor der Generalklauseln.¹⁰⁶⁹ Daneben wurden die neuen Gesetze durch Einfügen von „Gemeinwohlklauseln“ dehnbar gehalten und damit Beliebigkeit bis hin zur Willkür bei der Anwendung der Normen ermöglicht.¹⁰⁷⁰

2) Gesetzesänderungen mit Relevanz für die Arzthaftung

Auf die Stellung der Ärzte wirkte sich diese Weltanschauung und Gesetzgebungstaktik zunächst nur dahingehend aus, dass man ihnen als Garanten für Volksgesundheit und Erhaltung der Rasse eine besondere Bedeutung beimaß und ihnen neben besonderen Rechten in der Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 auch besondere Pflichten auferlegte.¹⁰⁷¹ So lauteten die §§ 1 und 19 der Reichsärzteordnung (RÄO) etwa: „§ 1) Der Arzt ist zum Dienste an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen. Er erfüllt eine durch dieses Gesetz geregelte öffentliche Aufgabe. § 19) Die deutsche Ärzteschaft ist berufen, zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung und Hebung der Gesundheit, des Erbguts und der Rasse des deutschen Volkes zu wirken.“¹⁰⁷²

Auch die Rechtstellung der Kranken wurde teilweise vom nationalsozialistischen Gedankengut beeinflusst. Der einzelne sollte unter bestimmten Umständen gezwungen sein, im Interesse der Volksgesamtheit bestimmte ärztliche Eingriffe zu dulden.¹⁰⁷³ Grundlage hierfür sollte das geschriebene Gesetz aber vor allem auch das „natürliche sittliche Recht“ sein¹⁰⁷⁴ und in manchen Bereichen wurde diese Dul-

¹⁰⁶⁶ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.21, 22.

¹⁰⁶⁷ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.22.

¹⁰⁶⁸ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.23.

¹⁰⁶⁹ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.417.

¹⁰⁷⁰ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.418.

¹⁰⁷¹ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.23.

¹⁰⁷² Engisch, in: Eser/ Künschner, S.134, 160.

¹⁰⁷³ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.23.

¹⁰⁷⁴ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.24.

dungspflicht zum Duldungszwang fortentwickelt¹⁰⁷⁵. Dazu wurden einige gesetzliche Ermächtigungen zur Vornahme bestimmter Eingriffe festgelegt, die teilweise auch die Einwilligung des Betroffenen überflüssig machen sollten. So war etwa nach § 12 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 ein ärztlicher Eingriff auch gegen den Willen des Unfruchtbarzumachenden zulässig¹⁰⁷⁶. Derartige Regelungen bezogen sich aber stets nur auf spezielle Fälle oder Behandlungen und nicht allgemein auf alle ärztlichen Eingriffe. Eine Norm mit dem Inhalt einer allgemeinen Duldungspflicht wurde nicht festgesetzt.

Es ergingen außerdem zwei Gesetzesänderungen, die auch Fragen des Arztstrafrechts berührten. So wurde mit einer Gesetzesnovelle vom 26. Mai 1933 ausdrücklich ein neuer § 226a in das Strafgesetzbuch aufgenommen, der lautete: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“¹⁰⁷⁷. Diese Norm war auch auf alle ärztlichen Heileingriffe anwendbar, wenn man diese mit dem Reichsgericht als tatbestandsmäßige, vorsätzliche Körperverletzungen sah¹⁰⁷⁸.

Eine Änderung des Absatzes 1 des § 232 StGB mit Wirkung ab dem 2. April 1940 hatte außerdem zur Folge, dass eine Verfolgung der leichten vorsätzlichen und der fahrlässigen Körperverletzung nur noch dann von Amts wegen erfolgen konnte, wenn die Strafverfolgungsbehörde ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung annahm. Die Verfolgung von Amts wegen in Fällen der Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht, die früher auf ärztliche Heilbehandlungen anwendbar war, fiel damit weg¹⁰⁷⁹.

3) Reformpläne bezüglich des Strafgesetzbuches

a) Hintergrund

Auch in den dreißiger Jahren war trotz der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Literatur noch immer umstritten, ob die ärztliche Heilbehandlung rechtlich als tatbestandliche Körperverletzung einzuordnen sei. Es standen sich die bekannten zwei grundsätzlichen Ansichten mit ihren jeweiligen Argumenten und Gegenargumenten gegenüber¹⁰⁸⁰. Deshalb bestand nach wie vor Bedarf, diese Frage verbindlich gesetzlich zu regeln¹⁰⁸¹ und man plante zur eindeutigen Bestimmung der Rechtslage, neue gesetzliche Bestimmungen in das Strafgesetzbuch aufzunehmen¹⁰⁸². Ideologische Überlegungen spielten bei diesen Reformentwürfen keine Rolle¹⁰⁸³. Eine Regelung im Bereich des Zivilrechts sollte nicht erfolgen¹⁰⁸⁴. Die Pläne für ein „Volksgesetzbuch“, das an die Stelle des BGB treten sollte, scheiterten¹⁰⁸⁵. Auch die Stimmen, die eine Regelung der Haftung für ärztliche Heilbehandlungen in der Ärzteordnung bevorzugten¹⁰⁸⁶, konnten sich nicht durchsetzen.

Somit kam es auch in den dreißiger Jahren in Bezug auf die strafrechtliche Haftung der Ärzte wieder zu mehreren Reformentwürfen.

¹⁰⁷⁵ Göbbels, Ärztliche Eingriffe, S.25.

¹⁰⁷⁶ Bremer, Haftung des Arztes, S.35.

¹⁰⁷⁷ Bremer, Haftung des Arztes, S.35.

¹⁰⁷⁸ Frank, Nachtrag, S.47, 48; Kohlrausch, StGB, S.498; König/ Köstlin, Haftpflicht, S.25.

¹⁰⁷⁹ Kohlrausch, StGB, S.504.

¹⁰⁸⁰ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.134, 136.

¹⁰⁸¹ Schmidt, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1948, S.23, 23.

¹⁰⁸² Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.5.

¹⁰⁸³ Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.11.

¹⁰⁸⁴ Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.5.

¹⁰⁸⁵ Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte, S.445.

¹⁰⁸⁶ Schmidt, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1948, S.23, 23 bis 32.

b) Entwurf 1933

Im Jahre 1933 wurde im Rahmen von Reformüberlegungen der amtlichen Strafrechtskommission vom Reichsjustizministerium ein Referentenentwurf vorgelegt, der auf dem Entwurf von 1927 aufbaute¹⁰⁸⁷.

Dieser Entwurf übernahm in den §§ 286 und 299 die im Entwurf von 1927 vorgeschlagenen Regelungen fast wörtlich¹⁰⁸⁸. Es fand aber insofern eine Erweiterung der Strafbarkeit statt, als jetzt die Behandlung „ohne“ Einwilligung des Betroffenen strafbar sein sollte¹⁰⁸⁹. Grundsätzlich sollte auch nach diesem Entwurf der Eingriff ohne Einwilligung des Patienten keine Körperverletzung, sondern ein Delikt gegen dessen persönliche Freiheit darstellen¹⁰⁹⁰. Im Rahmen der Körperverletzungsdelikte sollte deshalb folgende Klarstellung erfolgen: „Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen, können aber als eigenmächtige Heilbehandlungen bestraft werden“¹⁰⁹¹.

c) Entwürfe 1936 und 1939

Der Entwurf von 1933 wurde von der Strafrechtskommission überarbeitet zu einem neuen Entwurf, der 1936 abgeschlossen war, aber nicht veröffentlicht wurde¹⁰⁹². In diesem Entwurf wurden die Regelungen des Entwurfs 1933 wortgleich in die §§ 419 und 431 übernommen¹⁰⁹³. Der Entwurf von 1936 wurde 1938 dem Kabinett vorgelegt und nach nochmaliger Überarbeitung als Entwurf 1939 der Regierung zur Unterschrift vorgelegt¹⁰⁹⁴. Auch der Entwurf enthielt wörtlich die Vorschriften seiner Vorgänger in den §§ 419 und 431¹⁰⁹⁵.

d) Scheitern der Reformpläne

Alle drei wortgleichen Entwürfe gerieten in die Kritik der Literatur. Gegen die Norm, die ärztliche Heileingriffe aus dem Tatbestand der Körperverletzung herausnehmen sollte, wurde eingewandt, auch hier sei, wie schon in früheren Entwürfen, nur die eigentliche ärztliche Eingriffsmaßnahme von der Regelung berücksichtigt worden, nicht aber ihre möglicherweise nachteiligen Folgen. Dies ergebe sich daraus, dass für den Fall eines durch die Behandlung verursachten Todes keine Regelung getroffen sei¹⁰⁹⁶. Somit bleibe vor allem die Rechtslage in Bezug auf die ärztlichen Behandlungsfehler offen¹⁰⁹⁷.

Abgelehnt wurde auch, dass „Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen“ als eigenmächtige Heilbehandlung strafbar sein können sollten¹⁰⁹⁸. Da der Entwurf darunter Eingriffe verstanden habe, die der Schulmedizin entsprachen und mit den Grundsätzen der ärztlichen Standesethik, aber vor allem auch der allgemeinen Ethik übereinstimmen sollten¹⁰⁹⁹, sei es nicht nachvollziehbar, dieser Begriffsdefinition entsprechende Heilmaßnahmen in bestimmten Fällen unter Strafe stellen zu wollen. Da Maßstab für die Ethik auch das Verhalten und die Einstellung gegenüber dem Patienten sei, könne eine Behand-

¹⁰⁸⁷ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.450.

¹⁰⁸⁸ Hartmann, Heilbehandlung, S.81; Hofacker, Heilbehandlung, S.30; Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.207; Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.123, 124.

¹⁰⁸⁹ Hartmann, Heilbehandlung, S.81, Fn.287.

¹⁰⁹⁰ Bremer, Haftung des Arztes, S.33.

¹⁰⁹¹ Hofacker, Heilbehandlung, S.29; Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.207.

¹⁰⁹² Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.450.

¹⁰⁹³ Hartmann, Heilbehandlung, S.81.

¹⁰⁹⁴ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.450.

¹⁰⁹⁵ Hartmann, Heilbehandlung, S.81.

¹⁰⁹⁶ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.124.

¹⁰⁹⁷ Hofacker, Heilbehandlung, S.30.

¹⁰⁹⁸ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.125.

¹⁰⁹⁹ Gürtner, Kommendes Strafrecht, S.392.

lung unter Missachtung des Selbstbestimmungsrechts nämlich nie einen Eingriff nach der „Übung eines gewissenhaften Arztes“ darstellen. Deshalb könne umgekehrt ein Eingriff, der obige Anforderungen erfülle nie wegen Eigenmächtigkeit strafbar sein¹¹⁰⁰. Ein Eingriff ohne die entsprechende Einwilligung verstoße aber gegen die ärztliche Ethik und sei deshalb als Kunstfehler ohnehin unter die allgemeinen Tatbestände der Körperverletzung, Tötung oder Freiheitsberaubung zu subsumieren. Da die Norm in ihrer Formulierung daher widersprüchlich sei, wurde zur Vermeidung von Missverständnissen vorgeschlagen, besser von „Eingriffen und Behandlungen zu Heilzwecken“ zu sprechen¹¹⁰¹.

In Bezug auf die Vorschrift über die eigenmächtige Heilbehandlung wurde außerdem angemerkt, dass hier die Fälle, in denen von einer Einwilligung abgesehen werden dürfe, zu begrenzt geregelt seien. Es sei der Fall nicht berücksichtigt, dass eine Einwilligung nur auf eine Aufklärung folgen könne, die eine ernsthafte Beeinträchtigung des Patienten befürchten lasse, und deshalb sowohl von der Aufklärung als auch von der sonst notwendigen Einholung der Einwilligung Abstand genommen werden müsse¹¹⁰².

Ein weiterer Kritikpunkt war, dass sich der Entwurf nur auf Eingriffe bezog, die der Schulmedizin entsprachen. Schon das Reichsgericht habe aber in der oben erwähnten Entscheidung vom 1. Dezember 1930 Abstand davon genommen, die Schulmedizin als einzige Form der rechtmäßigen Behandlung anzuerkennen¹¹⁰³. Es sei auch nicht Aufgabe des Gesetzgebers, die unterschiedlichen medizinischen Richtungen zu beurteilen¹¹⁰⁴.

Aber nicht nur die Literatur sah Änderungsbedarf an den Entwürfen, sondern auch der Gesetzgeber selbst. Der Entwurf von 1939 wurde nie unterschrieben, weil er insgesamt wegen des starken Einflusses des Leiters der Kommission, der ein treuer Anhänger des Gerechtigkeits- und des Rechtsstaatsgedankens war, für die nationalsozialistische Regierung unannehmbar war¹¹⁰⁵. Da später keine weiteren Reformvorschläge in Bezug auf die strafrechtliche Behandlung der ärztlichen Heilbehandlung gemacht wurden, blieb es bei der bisherigen Rechtslage.

4) Mögliche Rechtsfolgen ärztlicher Fehlleistungen

In Bezug auf die möglichen Rechtsfolgen traten keine wesentlichen Änderungen ein. Die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsfolgen blieben dieselben.

Bei Verstößen gegen die ärztlichen Berufspflichten, vor allem gegen die ärztliche Berufsordnung, konnten die ärztlichen Berufsgerichte der Reichsärztekammer eine Bestrafung anordnen (§ 51 RÄO)¹¹⁰⁶. Als Sanktionen konnten eine Warnung, einen Verweis, eine Geldstrafe bis zu 1000 Reichsmark oder der dauernde Ausschluss von weiterer behandelnder Tätigkeit in der öffentlichen Fürsorge ausgesprochen¹¹⁰⁷, oder es konnte festgestellt werden, dass der Arzt unwürdig sei, den ärztlichen Beruf auszuüben¹¹⁰⁸. Dieser Gerichtsbarkeit unterstanden im Wesentlichen alle approbierten Ärzte mit Ausnahme der Ärzte, die für die Wehrmacht oder die SS-Verfügungstruppen tätig waren, oder die einem staatlich geordneten Disziplinarverfahren unterstanden¹¹⁰⁹. Bei einem gleichzeitig stattfindendem Strafverfahren wurde

¹¹⁰⁰ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.126.

¹¹⁰¹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.127.

¹¹⁰² Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.128, 129.

¹¹⁰³ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.127.

¹¹⁰⁴ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.128.

¹¹⁰⁵ Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S.450, 451.

¹¹⁰⁶ Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.114.

¹¹⁰⁷ Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.115; Paech/ Trembur, Ärztliche Berufskunde, S.48.

¹¹⁰⁸ Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.116.

¹¹⁰⁹ Paech/ Trembur, Ärztliche Berufskunde, S.48.

das berufsgerichtliche Verfahren ausgesetzt und bei einem strafrechtlichen Freispruch konnte das Verfahren nur fortgesetzt werden, wenn ein berufsrechtlicher Überhang bestand¹¹¹⁰. Die Sanktionen mit Ausnahme der Feststellung der Unwürdigkeit konnten nach § 53 Absatz 2 RÄO auch durch die Reichsärztekammer selbst verhängt werden¹¹¹¹.

II) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht

1) Tendenzen der arzthaftungsrechtlichen Verfahren

Auch für den Zeitraum von Beginn der dreißiger Jahre bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges fehlen genaue statistische Angaben, die Aufschluss über die absolute Zahl an Behandlungsfehlerverfahren geben könnten. Vereinzelt wurden zwar Zahlen einzelner Versicherungsgesellschaften genannt, diese sind aber nicht wirklich aussagekräftig, weil schon Angaben zum erfassten Zeitraum fehlen¹¹¹². Generell ging die Entwicklung bis zum Ende der dreißiger Jahre dahin, dass die Zahl der Arzthaftungsverfahren weiter anstieg¹¹¹³. Die Fälle stammten vor allem aus den Gebieten der Chirurgie und der Strahlentherapie, selten jedoch aus dem Bereich der inneren Medizin¹¹¹⁴. In der Zeit von Beginn des Zweiten Weltkrieges bis zum Jahr 1951 waren, bedingt durch die mit dem Krieg verbundenen anderweitigen Probleme, so gut wie keine Behandlungsfehlerverfahren zu verzeichnen¹¹¹⁵.

Insgesamt blieb die Zahl an Arzthaftungsverfahren vor Ende des Zweiten Weltkrieges im Vergleich zur darauf folgenden Entwicklung wohl eher moderat, zumindest kann höchstens von einem starken, nicht aber von einem explosionsartigen Anstieg gesprochen werden¹¹¹⁶. Aber schon mit dem starken Anstieg der Haftungsklagen und Strafverfahren aus den verschiedensten Bereichen ärztlichen Handelns kam die Zahl der Entscheidungen einigen Zeitgenossen nur noch schwer überschaubar vor¹¹¹⁷.

2) Einzelentscheidungen mit besonderer Bedeutung

Im Folgenden sollen aus der steigenden Zahl von Urteilen einzelne Entscheidungen herausgegriffen werden, die bei den Zeitgenossen großes Aufsehen hervorriefen oder prägenden Einfluss auf die spätere Rechtsentwicklung hatten.

a) Entscheidungen zur Einwilligung und Aufklärung

aa) Operationsduldungspflicht

Zu Beginn soll eine Entscheidung des Reichsgerichts dargestellt werden, die in der zeitgenössischen Literatur fast ausschließlich auf heftigste Kritik stieß. Trotz der Durchdringung des gesamten Staates mit der nationalsozialistischen Ideologie, verhielt sich das Reichsgericht nämlich distanziert gegenüber den damals herrschenden ideologischen Ansätzen¹¹¹⁸. Ein Einfluss dieser Strömungen auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung blieb somit auch im Bereich des Arzthaftungsrechts im Wesentlichen aus. Dies galt nicht nur für den besonderen Bereich des „lebensun-

¹¹¹⁰ Paech/ Trembur, Ärztliche Berufskunde, S.49.

¹¹¹¹ Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.116.

¹¹¹² Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.154.

¹¹¹³ Bremer, Haftung des Arztes, S.1; Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.1.

¹¹¹⁴ Bremer, Haftung des Arztes, S.1.

¹¹¹⁵ Schlund, VersR 1994, S.657, 657.

¹¹¹⁶ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.14.

¹¹¹⁷ Bremer, Haftung des Arztes, S.14; König/ Köstlin, Haftpflicht, S.82.

¹¹¹⁸ Rüping, in: Maurer/ Schallenger, Gesundheitssystem und Politik, S.11, 15.

werten Lebens“, sondern auch in Bezug auf die in Zusammenhang mit der Arzthaltung stehenden Operationsduldungspflicht¹¹¹⁹.

Das Reichsgericht hob nämlich mit seiner Entscheidung vom 19. Juni 1936¹¹²⁰ ein Urteil des Oberlandgerichts Köln auf. Gegenstand beider Entscheidungen war die grundsätzliche Frage, inwiefern eine zwangsweise Behandlung mit dem von der nationalsozialistischen Ideologie propagierten Interesse der Volksgemeinschaft an Leben und Gesundheit jedes einzelnen gerechtfertigt werden könne¹¹²¹.

Das Berufungsgericht hatte geurteilt, der Beschuldigte hätte auch ohne eine Einwilligung und gegen den ausdrücklichen Willen der Patientin die ärztliche Heilmaßnahme, hier eine Injektion, vornehmen dürfen¹¹²². Grundsätzlich sei zwar für einen ärztlichen Eingriff die Zustimmung des Betroffenen erforderlich. Diese müsse jedoch dann nicht eingeholt werden, wenn ein Aufschieben des Eingriffs eine unmittelbare Gefahr für das Leben des Patienten bedeuten würde und der Betroffene die wahrscheinlichen, negativen Folgen seiner Weigerung nicht richtig abschätzen könne. Der Grund für die Anerkennung dieser Ausnahme liege zum ersten in einem rechtlich anzuerkennenden praktischen ärztlichen Bedürfnis und zum zweiten in dem „gesunden Volksempfinden, das die Herrschaft über den eigenen Körper im Interesse der Gesundheit des Volksganzen mehr und mehr der Willkür des einzelnen entziehe und neuerdings in den Artikeln 3 und 4 der Ausführungsverordnung (...) zum Erbgesundheitsgesetz (...) einen entsprechenden gesetzlichen Ausdruck gefunden“ habe¹¹²³.

Das Reichsgericht lehnte diesen Standpunkt ab. Es war der Ansicht, dass sich zwar die berufliche Stellung des Arztes durch die Reichsärzteordnung und durch die immer stärker betonte Einordnung als öffentliche Aufgabe geändert habe¹¹²⁴. Das Verhältnis zwischen dem Arzt und dem einzelnen Patienten richte sich aber nach wie vor nach den Regelungen des bürgerlichen Rechts¹¹²⁵. Der Arzt dürfe deshalb nur dann in die körperliche Unversehrtheit des Patienten eingreifen, wenn er dazu durch einen Vertrag, eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder die Einwilligung des Patienten berechtigt sei¹¹²⁶. Auch aus der gesteigerten öffentlichen Bedeutung des ärztlichen Berufes lasse sich nichts anderes ableiten. In einem Fall, in dem ein Aufschieben des Eingriffs eine unmittelbare Gefahr für das Leben des Patienten bedeuten würde, und der Betroffene die wahrscheinlichen, negativen Folgen seiner Weigerung nicht richtig abschätzen könne, dürfe der Arzt nur dann gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten handeln, wenn er hierzu durch eine gesetzliche Bestimmung oder ein überragendes öffentliches Interesse berechtigt werde. Ein solcher Vorrang des öffentlichen Interesses vor dem geschützten Interesse des einzelnen hätte aber mindestens zur Voraussetzung haben müssen, dass bei einem Unterlassen des Eingriffs die Volksgesundheit in Gefahr gebracht worden wäre oder in Gefahr hätte gebracht werden können¹¹²⁷. Das Reichsgericht sah weiter die „Idealforderung, Leben und Gesundheit jedes einzelnen Gliedes der Volksgemeinschaft nach Möglichkeit zu erhalten“ als zu unbestimmt an, als dass sie als Maßstab für die

¹¹¹⁹ Rüping, in: Maurer/ Schallenger, Gesundheitssystem und Politik, S.11, 15.

¹¹²⁰ RGZ 151, S.349 ff.

¹¹²¹ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.134, 152.

¹¹²² vgl. Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3112; RGZ 151, S.349, 350.

¹¹²³ vgl. Hofmann, DR 1936, S.502, 502; Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3112; RGZ 151, S.349, 351.

¹¹²⁴ vgl. Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3112; RGZ 151, S.349, 352.

¹¹²⁵ vgl. Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3113; RGZ 151, S.349, 352.

¹¹²⁶ vgl. Engisch, in: Eser/ Künschner, S.134, 152; RGZ 151, S.349, 352.

¹¹²⁷ vgl. Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3113; Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.236; RGZ 151, S.349, 352.

ärztliche Berufsausübung dienen könnte¹¹²⁸. Dafür spreche, dass in vielen Fällen zwar das Leben eines Kranken gerettet werden könne, die Folge aber Siechtum sei, und dass nicht jede Krankheit unter Berücksichtigung der Volksgesundheit von Bedeutung sei¹¹²⁹. Vor allem aber führe die Ansicht des Berufungsgerichts in letzter Konsequenz dazu, dass in jedem Fall ein vollständiger Behandlungszwang für den Patienten und ein vollständiges Behandlungsrecht für den Arzt anzunehmen sei, was auch dem Volksempfinden widersprechen müsse¹¹³⁰. Außerdem handele es sich bei den vom OLG angeführten Normen des Gesetzes zur Verhinderung erbkranken Nachwuchses und der zugehörigen Ausführungsverordnung um eine Ausnahmeregelung, die als solche nicht einfach verallgemeinert werden dürfe¹¹³¹. Auf eine Einwilligung könne daher nur dann verzichtet werden, wenn Gefahr im Verzug vorliege¹¹³². Ein Handeln gegen den Willen des Patienten sei aber auch dann nur bei entsprechender gesetzlicher Regelung zulässig¹¹³³.

Somit hielt das Reichsgericht, wie auch in Zukunft, an der grundsätzlichen Notwendigkeit der Einwilligung fest und ließ keine vom nationalsozialistischen Gedankengut geprägte, generelle Ausnahme zu. Zwar ging es in der Wortwahl und Entscheidungsbegründung kurz auf die nationalsozialistischen Tendenzen ein, ließ ihnen jedoch keine entscheidungserhebliche Relevanz zukommen. Es betonte auch in nachfolgenden zivilrechtlichen und strafrechtlichen Entscheidungen immer wieder entgegen der herrschenden Ideologie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten¹¹³⁴.

Erst in einer strafrechtlichen Entscheidung vom 4. November 1940¹¹³⁵ könnte man erste Ansätze zu einem Behandlungszwangrecht sehen¹¹³⁶. Dort führte das Gericht aus, dass der Grundsatz, dass ein Eingriff nicht ohne oder gegen den Willen des Kranken erfolgen dürfe, eventuell angesichts der Umstände eingeschränkt werden müsse. Deshalb wurde für den Fall, in dem sich die Sorgeberechtigten unter Verletzung ihrer Sorgspflicht gegen eine notwendige ärztliche Maßnahme für ihr Kind aussprachen, ein Behandlungsrecht des Arztes nicht nur unter dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes angedacht¹¹³⁷. Das Reichsgericht sprach vielmehr sogar von einem Behandlungsrecht des Arztes, weil aus dem Rechtsgrund der persönlichen Beziehung „nach gesundem Volksempfinden“ eine strafrechtlich sanktionierte Fürsorgepflicht abgeleitet werden könne¹¹³⁸. Der weitere Schritt hin zum nationalsozialistisch begründeten Behandlungszwang unterblieb allerdings¹¹³⁹. Deshalb und angesichts der besonderen Umstände dieses Falles, bei dem es ja nicht um die Einwilligung des betroffenen Patienten selbst ging, kann von einem Richtungswechsel des Reichsgerichts im Vergleich zu den vorherigen Aussagen aber noch nicht gesprochen werden.

Anders als das Reichsgericht stand aber nicht nur das OLG Köln, sondern etwa auch das Obergerichtsamt Freiburg zur nationalsozialistischen Ideologie. Dies kommt in einem Urteil vom 20. Januar 1935 über die Operationsduldungspflicht im

¹¹²⁸ vgl. Engisch, in: Künschner, S.134, 152; Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.236; RGZ 151, S.349, 353.

¹¹²⁹ RGZ 151, S.349, 353.

¹¹³⁰ vgl. Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3113; Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.236; RGZ 151, S.349, 353.

¹¹³¹ vgl. Hofmann, DR 1936, S.502, 503; RGZ 151, S.349, 354.

¹¹³² RGZ 151, S.349, 354.

¹¹³³ vgl. Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3113; RGZ 151, S.349, 355.

¹¹³⁴ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.39.

¹¹³⁵ RGSt 74, S.350 ff.

¹¹³⁶ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.39.

¹¹³⁷ RGSt 74, S.350, 353; vgl. Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.39.

¹¹³⁸ RGSt 74, S.350, 354; vgl. Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.40.

¹¹³⁹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.40.

Zusammenhang mit der Schadensminderungspflicht eines durch einen ärztlichen Behandlungsfehler geschädigten Patienten zum Ausdruck¹¹⁴⁰. Das Oberversicherungsamt führte nach Goldhahn und Hartmann zu den Voraussetzungen für einen Eingriff zur Schadensminderung aus, dass im „neuen Staate“ die Arbeitspflicht als sittliche Pflicht bestehe und dass deshalb kein Bürger berechtigt sei, seine Arbeitsfähigkeit durch die Verweigerung eines zumutbaren Eingriffs zu beeinträchtigen¹¹⁴¹.

Dies zeigt, wie die nationalsozialistische Ideologie durchaus Einfluss auf die Rechtsprechung nehmen konnte und wie hoch dem Reichsgericht seine „Neutralität“ im Bereich des Arzthaftungsrechts anzurechnen ist.

bb) Umfang der Aufklärungspflicht

Da das Reichsgericht also die Einwilligung weiterhin grundsätzlich als notwendig erachtete, legte es auch den Umfang der Aufklärungspflicht als notwendige Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung immer differenzierter fest.

Eine erste grundsätzliche Entscheidung über den Umfang der Aufklärung traf das Reichsgericht am 11. Dezember 1934¹¹⁴². Es betonte, dass der Umfang der Aufklärungspflicht grundsätzlich von den konkreten Umständen jedes einzelnen Falles abhängen, nämlich von der Schwere der Krankheit, den Erfolgsaussichten des Eingriffs, der Dringlichkeit, dem Zweck der Behandlung und den mit ihr verbundenen Gefahren, von der Person des Patienten und seinem Gesundheitszustand und von den ausdrücklichen Fragen des Betroffenen nach etwaigen Komplikationen¹¹⁴³.

Diese Entscheidung wurde ergänzt durch das Urteil vom 24. November 1936, in dem das Reichsgericht allgemein darstellte, über welche Risiken aufzuklären sei. Es unterschied hier zwischen typischen Risiken, über die aufzuklären war und atypischen Risiken, von denen im Rahmen der Aufklärung abgesehen werden konnte. Typische Risiken wurden angenommen, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Falles mit ihrer Realisierung trotz aller zur Verfügung stehenden Gegenmaßnahmen gerechnet werden musste. Von atypischen Risiken wurde dann gesprochen, wenn das Risiko zwar nicht unbekannt, aber sein Eintritt so selten war, dass man im Regelfall nicht damit zu rechnen brauchte¹¹⁴⁴.

Eine weitere Entscheidung mit grundsätzlichen Ausführungen zum Umfang der Aufklärungspflicht datiert vom 19. März 1937¹¹⁴⁵. Gegenstand der Entscheidung war die Frage, wie weit der Arzt über die Art der Erkrankung und die verschiedenen Behandlungsmöglichkeiten aufklären müsse. Das Reichsgericht legte die Verpflichtung des Arztes fest, den Patienten oder seine Sorgeberechtigten grundsätzlich über die Art der Erkrankung aufzuklären und dem Patienten durch die Aufklärung die Möglichkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen zu geben. Diese Pflicht müsse er gerade bei bestehenden Zweifelsfragen besonders ernst nehmen. Auch dürfe er nicht aus Bequemlichkeit oder Unsachlichkeit etwa die Belehrung über Behandlungsalternativen unterlassen, auch wenn diese zwischen den verschiedenen Richtungen der Medizin im Streit wären, und er sie selbst ablehnte. Von einer umfassenden Aufklärung dürfe nur dann abgesehen werden, wenn triftige, besondere Umstände vorlägen, die den Arzt nach einer pflichtgemäßen Interessenabwägung zu der Überzeugung brächten, die umfassende Aufklärung könne für den Betroffene-

¹¹⁴⁰ vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.193.

¹¹⁴¹ vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.194.

¹¹⁴² RG DÄBI 1935, S.738; vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.46.

¹¹⁴³ vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.46.

¹¹⁴⁴ vgl. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht, S.48; Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.80.

¹¹⁴⁵ vgl. Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.193; RG JW 1937, S.3087 f.

nen zu nachteiligen Folgen führen¹¹⁴⁶. Diese Entscheidung sollte im Ermessen des Arztes stehen und damit gerichtlich nur begrenzt überprüfbar sein¹¹⁴⁷.

Das Reichsgericht versuchte also, durch das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalls zu einer angemessenen Berücksichtigung der Konfliktsituation des Arztes zwischen Aufklärungs- und Hilfeleistungspflicht zu kommen und erkannte damit die Hilfeleistungspflicht und die Aufklärungspflicht als gleichbedeutend an.

Von dieser Grundhaltung ist es in seiner Entscheidung vom 8. März 1940¹¹⁴⁸ deutlich abgewichen. Das Reichsgericht gab hier erstmals dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ganz deutlich den Vorrang vor der Hilfeleistungspflicht des Arztes. Es war der Auffassung, das Selbstbestimmungsrecht sei „so allgemeiner Natur und durch so wohlbegründete Erwägungen gefordert“, dass es sich auch dann durchsetzen müsse, wenn der Arzt befürchte, dass die Aufklärung negative Folgen für die körperliche und psychische Verfassung des Patienten haben könne¹¹⁴⁹. Obwohl es das Bemühen der Ärzte, den Kranken nicht zu verängstigen, anerkannte, betonte es dennoch die Notwendigkeit der Einwilligung des Kranken, der sich über Art und Folgen des Eingriffs im Klaren sein müsse. Es stellte daher den Grundsatz auf: „Soweit die (...) Aufklärung die Herabdrückung seiner Stimmung oder sogar seines Allgemeinbefindens zur Folge hat, handelt es sich um unvermeidbare Nachteile, die in Kauf genommen werden müssen“¹¹⁵⁰. An die Stelle der Ermessensentscheidung des Arztes bezüglich des Absehens von der Aufklärung war jetzt, unabhängig von den Umständen des Einzelfalls, der absolute Vorrang des Selbstbestimmungsrechts des Patienten getreten. Man kann diese fehlende Einsicht für die ärztliche Konfliktsituation damit zu erklären versuchen, dass das Reichsgericht gemäß seiner ideologiefernen Einstellung versuchen wollte, angesichts der sich immer mehr verschärfenden politischen Lage mit dieser Entscheidung die letzten Überreste der individuellen Freiheit zu sichern¹¹⁵¹. Damit war aber die Richtung für die zukünftige Rechtsprechung vorgegeben, die zwar den absoluten Vorrang der Aufklärungspflicht wieder etwas relativierte, grundsätzlich aber daran festhielt¹¹⁵².

b) Entscheidungen zu Einzelfragen des ärztlichen Behandlungsverhältnisses

Neben diesen Entscheidungen zu den im Arzthaftungsrecht immer wichtiger werdenden Fragen der Einwilligung und vor allem der Aufklärung, ergingen auch zu anderen Einzelfragen grundlegende Urteile des Reichsgerichts.

aa) Fragen aus dem Bereich der Pflichtverletzung und des Verschuldens

So konkretisierte das Reichsgericht am 16. Oktober 1934¹¹⁵³ grundsätzlich, was unter der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ im Sinne des § 276 BGB zu verstehen sei¹¹⁵⁴. Es hat in diesem Urteil zum ersten Mal ausdrücklich anerkannt, dass als Maßstab nicht ein theoretischer, an juristischen Kriterien orientierter Standard dienen sollte, sondern dass man sich für die Beurteilung der erforderlichen Sorgfalt nach den Verhaltensweisen richten müsse, die die ärztliche Praxis prägten¹¹⁵⁵. Ein Abweichen hiervon sei nur aus ganz besonderen Gründen angezeigt und müsse eigens ausführlich begründet werden¹¹⁵⁶.

¹¹⁴⁶ vgl. Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.193; RG JW 1937, S.3087, 3088.

¹¹⁴⁷ vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.76; RG JW 1937, S.3087, 3088.

¹¹⁴⁸ RG DR 1940, S.1288 ff.

¹¹⁴⁹ vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.71; RG DR 1940, S.1288, 1290.

¹¹⁵⁰ vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.72; RG DR 1940, S.1288, 1290.

¹¹⁵¹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.71.

¹¹⁵² Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.76, 117.

¹¹⁵³ RG DÄBl 1935, S.620.

¹¹⁵⁴ vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.49.

¹¹⁵⁵ vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.49, 50.

¹¹⁵⁶ vgl. König/ Köstlin, Haftpflicht, S.50.

Die besondere Bedeutung dieser Entscheidung lag darin, dass das Reichsgericht durch die Orientierung an der Praxis zu einer wirklichkeitsnaheren Beurteilung der Arzthaftungsfälle kam, was von den Zeitgenossen außerordentlich begrüßt wurde¹¹⁵⁷.

bb) Pflichten des Arztes

Nachdem sich das Reichsgericht ja schon früher grundsätzlich zur ärztlichen Kurierfreiheit geäußert hatte, erging am 15. November 1937¹¹⁵⁸ eine weitere grundlegende Entscheidung hierzu¹¹⁵⁹. Danach durfte ein Arzt, der Anhänger einer bestimmten Richtung in der Medizin war, nicht schon deshalb eine bestimmte Behandlungsmethode unangewendet lassen, weil er der dieser zu Grunde liegenden Ansicht ablehnend gegenüberstehe¹¹⁶⁰. Der Richter musste bei einem solchen Absehen von einer Behandlungsmethode jetzt genau das Vorliegen sachlicher Gründe und deren medizinische Stichhaltigkeit prüfen und die Heilungschancen der zur Diskussion stehenden Methoden vergleichen. War nach diesem Vergleich das abgelehnte Verfahren unter allen Umständen das überlegene, so sollte objektiv ein Kunstfehler angenommen werden können¹¹⁶¹. Somit sollten für alle Ärzte, unabhängig von der medizinischen Richtung, der sie angehörten, in bestimmten Fällen bestimmte Heilmittel verbindlich sein. Dies bedeutete eine entscheidende Einschränkung der Kurierfreiheit zu Gunsten der Sicherheit der Patienten.

c) Prozessuale Durchsetzung: Beweislast

Aber nicht nur in Bezug auf materiell-rechtliche Fragen, sondern auch auf dem Gebiet der prozessualen Durchsetzung der Ansprüche entwickelte sich die Rechtsprechung fort. Das Reichsgericht vertrat in einer Entscheidung vom 21. Juni 1940¹¹⁶² erstmals ausdrücklich die Auffassung, dass der Arzt, der einen Patienten „bewusst oder in leichtfertiger Gleichgültigkeit“ gefährdet habe, die fehlende Ursächlichkeit dieser Gefährdung beweisen müsse, wenn ein Schaden eintrete und die äußeren Umstände auf die Gefährdung als Ursache schließen ließen¹¹⁶³. Damit war ein erster Schritt für die spätere Rechtsprechung zu Beweiserleichterungen beim groben Behandlungsfehler gemacht.

3) Zusammenfassung

Betrachtet man die Rechtsprechung des Reichsgerichts von Anfang der dreißiger Jahre bis nach dem Zweiten Weltkrieg, so kann man folgendes zusammenfassend feststellen: Das Reichsgericht schaffte es anders als einzelne andere Rechtsprechungsorgane, sich von der nationalsozialistischen Ideologie zu distanzieren und Entscheidungen zu treffen, die einem nicht ideologisch geprägten Rechtsempfinden gerecht werden konnten.

Insgesamt konkretisierte es vielfach bereits aufgestellte Grundsätze. So schuf es etwa im Bereich der Aufklärungspflicht brauchbare Kriterien für deren Umfang, die so gestaltet waren, dass die Ärzteschaft sie aufgrund ihrer Klarheit und Übersichtlichkeit auch tatsächlich umsetzen konnte. Erst als mit der Rechtsprechung 1940 das Selbstbestimmungsrecht der Patienten überbetont wurde, wurde der Umfang der Aufklärungspflicht fast unendlich weit ausdehnt und die ohnehin nur vereinzelt angenommenen Ausnahmen von der Notwendigkeit der Aufklärung und Einwilligung aufgehoben. Dadurch wurden zwangsläufig für die Ärzte Konflikte zwischen ihrer

¹¹⁵⁷ König/ Köstlin, Haftpflicht, S.50.

¹¹⁵⁸ RG HRR 1938, Nr.857.

¹¹⁵⁹ Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.146.

¹¹⁶⁰ RG HRR 1938, Nr. 857; vgl. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.147.

¹¹⁶¹ RG HRR 1938, Nr. 857; vgl. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.147.

¹¹⁶² RG Warn.Rspr. 1941, Nr.14, S.29.

¹¹⁶³ vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.23; RG Warn. Rspr. 1941, Nr.14, S.29, 33.

Hilfeleistungspflicht und ihrer Aufklärungspflicht heraufbeschworen. Mehr Praxisnähe und Verständnis für die Ärzteschaft zeigte das Reichsgericht dagegen beim Festlegen des Fahrlässigkeitsmaßstabs für ärztliche Behandlungsfehler. Durch die Einschränkung der Kurierfreiheit wiederum wurde der Schutz der Patienten verstärkt, die Gefahr liefen, zwischen die Fronten der verschiedenen Richtungen der Medizin zu geraten. In Bezug auf die Änderung der Beweislastumkehr war das Reichsgericht eher zurückhaltend.

Betrachtet man also die Entwicklung und Schwerpunkte der Rechtsprechung des Reichsgerichts, so strebte diese, mit Ausnahme der verschärften Aufklärungspflicht, einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Ärzten und Patienten an und gab den Ärzten brauchbare, und in der täglichen Praxis umsetzbare Grundsätze für die ärztlichen Heileingriffe an die Hand.

III) Diskussionsgegenstände in der Literatur

1) Operationsduldungspflicht nach der nationalsozialistischen Ideologie

a) Anhänger des nationalsozialistischen Ideologie

In der Literatur wirkte sich im Gegensatz zur Rechtsprechung in manchen Bereichen ganz klar die nationalsozialistische Ideologie aus. So stieß die oben zitierte Entscheidung des Reichsgerichts zur Frage einer allgemeinen Operationsduldungspflicht bei einem großen Teil der Literatur auf heftige Kritik.

Der Großteil der Autoren vertrat nämlich die Auffassung, dass es die nationalsozialistische Gemeinschafts- und Rechtsüberzeugung erfordere, das ärztliche Handeln an der Idealforderung auszurichten, im Interesse der Gemeinschaft Leben und Gesundheit des einzelnen zu erhalten und sich dabei nicht durch den entgegenstehenden Willen des einzelnen Patienten behindern zu lassen¹¹⁶⁴.

Zwar sei, so Kallfelz, für einen ärztlichen Eingriff grundsätzlich die Zustimmung des Patienten erforderlich und nach geltendem Recht müsse diese Einwilligung der Heilmaßnahme den strafbaren Charakter nehmen¹¹⁶⁵. Diese Grundsätze müssten jedoch umso stärker eingeschränkt werden, je größeren Vorrang das Interesse der Gemeinschaft vor den Interessen des einzelnen erlange. Solche Ausnahmen seien schon durch gesetzliche Ermächtigungen etwa im Seuchengesetz, im Geschlechtskrankheitengesetz oder im Erbkrankheitenachweisgesetz anerkannt. Zudem sei auch ein Eingriff ohne Einwilligung bei bewusstlosen oder sonst willensunfähigen Patienten bei Gefahr im Verzug zulässig¹¹⁶⁶. Einen neuen Ansatz diesbezüglich stelle das ärztliche Behandlungsrecht dar, das durch die Generalklausel des überragenden öffentlichen Interesses begründet werde. Dies folge, anders als nach Ansicht des Reichsgerichts, unproblematisch aus der Idealforderung, dass das Leben und die Gesundheit des einzelnen als Teil der Gesamtheit möglichst zu erhalten sei. Da die nationalsozialistische Rechtsanschauung eine dynamische sei und deshalb nicht zwischen Ideal und Realität unterscheide, müsse diese Idealforderung, die als richtig und gut erkannt sei, ausnahmslos umgesetzt werden¹¹⁶⁷. Allerdings solle nicht jeder einzelne von dieser Idealforderung erfasst sein. Es sollten vielmehr nur diejenigen zur Aufrechterhaltung ihrer Lebens- und Dienstfähigkeit verpflichtet sein, die der Gemeinschaft dienen konnten. Alle übrigen, die ihren Dienst für die Allgemeinheit schon erbracht hätten oder dazu von vorne herein nicht in der Lage seien, unterlägen dieser Pflicht nicht¹¹⁶⁸. Die gesetzliche Grundlage für die Annah-

¹¹⁶⁴ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.153.

¹¹⁶⁵ Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3114.

¹¹⁶⁶ Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3115.

¹¹⁶⁷ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.154; Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3115.

¹¹⁶⁸ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.154; Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3115.

me dieses Zwangsbehandlungsrechts liege in den §§ 1 und 19 der Reichsärzteordnung¹¹⁶⁹. Die Forderung nach einem derartigen Behandlungszwang widerspreche auch nicht wie vom Reichsgericht angenommen dem gesunden Volksempfinden¹¹⁷⁰. So werde ja allgemein beispielsweise schon eine Verpflichtung der im öffentlichen Dienst stehenden Personen angenommen, eine Schädigung ihrer Arbeitsfähigkeit durch ihre Lebensweise zu vermeiden. Auch sei es allgemein anerkannt, dass ein Selbstmörder gegen seinen Willen gerettet werden dürfe. Ein Unterschied zu einem Kranken, der die Behandlung einer lebensgefährlichen Behandlung ablehne, sei hier aber nicht zu erkennen. Auch sei zweifelhaft, ob der Wille eines lebensgefährlich Erkrankten nicht so stark von Angst und Schwächung des Lebenswillens beeinflusst werde, dass er im Interesse des Patienten selbst nicht ohnehin als unbeachtlich angesehen werden dürfe. Auch bliebe das Zwangsrecht wohl sowieso eher die Ausnahme, da es im Regelfall einem fähigen Arzt gelingen werde, den Patienten zu dem jeweils nötigen Heileingriff zu überreden¹¹⁷¹.

Eine ähnliche Auffassung vertrat Lohmann. Er schloss sich im Wesentlichen der Auffassung von Kallfelz an¹¹⁷². Die Unterscheidung der verschiedenen Personengruppen in solche mit und ohne Operationsduldungspflicht lehnte er aber ab, da die „alten und kranken Volksgenossen“ der Gemeinschaft zumindest noch den Nutzen brächten, dass sie Gegenstand der Pflege durch die Angehörigen und die Allgemeinheit sein könnten¹¹⁷³. Des weiteren befürwortete er zwar auch die Umsetzung der Idealforderung, meinte aber, dass diese noch nicht durchgesetzt werden könne, da dazu der Aufbau der Volksgemeinschaft und der Ärzteschaft geändert und die Zersplitterung der medizinischen Wissenschaft beseitigt werden müsse¹¹⁷⁴. Die Reichsärzteordnung und das Krankenversicherungswesen stellten zwar einen ersten Schritt in die richtige Richtung dar. Solange es aber dem einzelnen noch überlassen bleibe, ob er einen Arzt und wenn ja welchen er aufsuchen wolle, könne von einer Umsetzung des allgemeinen Behandlungszwangs nicht gesprochen werden¹¹⁷⁵.

Am entschiedensten forderte Hofmann die Anerkennung des ärztlichen Behandlungszwangsrechts¹¹⁷⁶. Er trat der Auffassung des Reichsgerichts vehement entgegen. Er kritisierte, die Entscheidung sei zu stark an den überkommenen Wertungen des Bürgerlichen Rechts orientiert, und es sei zu wenig berücksichtigt, dass sich das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten und zwischen dem einzelnen und der Volksgesamtheit erheblich gewandelt habe¹¹⁷⁷. Die §§ 1 und 19 der Reichsärzteordnung hätten nämlich zu einer grundlegend anderen Stellung der Ärzteschaft geführt, die sich auch im Verhältnis zu den Kranken niederschlagen müsse. Zudem widerspreche die Anerkennung der Rechtsgüter des einzelnen der Wirklichkeit der „völkischen Rechtsordnung“, in der die Gemeinschaft und die konkrete Ordnung und nicht der einzelne maßgeblich seien. Zudem verpflichte die „einheitliche Gemeinschafts- und Pflichtenordnung“ beide Seiten des ärztlichen Behandlungsverhältnisses gleichermaßen¹¹⁷⁸. Deshalb sei eine uneingeschränkte Behandlungspflicht immer dann anzunehmen, wenn die Behandlung im Interesse der Volksgemeinschaft stehe. Dazu sei kein überragendes öffentliches Interesse erforderlich, sondern es sei nur ausschlaggebend, ob die Gemeinschaft die Behandlung verlangen könne und müs-

¹¹⁶⁹ Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3116.

¹¹⁷⁰ Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3116.

¹¹⁷¹ Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3116.

¹¹⁷² Lohmann, DJZ 1936, S.1481, 1482.

¹¹⁷³ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.154; Lohmann, DJZ 1936, S.1481, 1482, 1483.

¹¹⁷⁴ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.154; Lohmann, DJZ 1936, S.1481, 1483.

¹¹⁷⁵ Lohmann, DJZ 1936, S.1481, 1483.

¹¹⁷⁶ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.155.

¹¹⁷⁷ Hofmann, DR 1936, S.502, 503.

¹¹⁷⁸ Hofmann, DR 1936, S.502, 503.

se¹¹⁷⁹. Aufgabe der Rechtsprechung sei es, die Entwicklung des Rechts in Richtung des allgemeinen Behandlungszwangs zu fördern¹¹⁸⁰.

All diese Ansichten gingen also von einem nationalsozialistisch geprägten Bild der Stellung des einzelnen und des Arztes aus und forderten die lückenlose Verwirklichung eines allgemeinen Behandlungszwangs durch die Rechtsprechung.

b) Übriges Schrifttum

Bezeichnend für die Zeit fanden die Ausführungen des Reichsgerichts dagegen nur vereinzelt Unterstützung. Einige Autoren jedoch lehnten in Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Annahme eines allgemeinen Behandlungszwangsrechts ab.

So folgte Engisch dem Reichsgericht darin, dass die gesetzlichen Sonderregeln für ein ärztliches Eingriffsrecht nicht verallgemeinerungsfähig seien. Deshalb könne aus ihnen in Bezug auf die Frage der Operationsduldungspflicht kein Schluss gezogen werden¹¹⁸¹. Auch aus den §§ 1 und 19 der Reichsärzteordnung sei keine Operationsduldungspflicht ableitbar. Zwar wirkten sich diese Normen insofern auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient aus, dass der Arzt bei einem Eingriff bezüglich der Fragen des Ob und der Art und Weise der Durchführung neben den Interessen des Patienten auch die der Gesamtheit berücksichtigen müsse¹¹⁸². Die Vorschriften berechtigten aber nicht zu einer Behandlung gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen. Ein solches „Berufszwangsrecht“ könne nicht mit der Tatsache in Einklang gebracht werden, dass die Initiative zur Behandlung noch immer vom Kranken selbst ausgehe, der den Arzt aufsuche oder das Vertragsverhältnis wieder löse. Deshalb müsse es dem Patienten auch offen stehen, im Rahmen der Behandlung gewissen Eingriffen und Maßnahmen zu widersprechen¹¹⁸³. Als weiteres Argument wurde angeführt, auch im Strafrecht werde kein Rechtfertigungsgrund für Eingriffe gegen den Willen des Behandelten anerkannt, auch wenn diese den Zweck verfolgten, Leben und Gesundheit des einzelnen zum Wohle der Gesamtheit zu erhalten¹¹⁸⁴. Das bloße Berufen auf das Rechtsgefühl sei dafür zu unbestimmt¹¹⁸⁵. Ein ärztliches Behandlungsrecht sei außerdem weitestgehend überflüssig, da sich die Kranken im Regelfall sowieso von sich aus in ärztliche Behandlung begäben¹¹⁸⁶. Auch sei nicht in allen Fällen eindeutig, ob die ärztliche Entscheidung eher den Interessen der Gemeinschaft gerecht würde als der Wille des Patienten¹¹⁸⁷. Ein Kranker sei häufig gerade deshalb zu einem lebensgefährlichen Eingriff bereit, weil er sonst Gefahr liefe, in seinen bisherigen Wirkungsmöglichkeiten eingeschränkt zu sein oder zu bleiben oder er ziehe gerade deshalb den Tod einer Behandlung vor, um anderen nicht unnötig zur Last zu fallen. Eine solche an der Gemeinschaft ausgerichtete Selbstbestimmung müsse auch von den Anhängern des Nationalsozialismus anerkannt werden, und es könne zudem dem Gemeinschaftsinteresse nicht widersprechen, wenn ein einzelner lieber sterben wolle als als Krüppel weiterzuleben¹¹⁸⁸. Auch würde das Anerkennen eines ärztlichen Zwangsrechts den Ärzten eine nur schwer oder gar nicht zu bewältigende Verantwortung auferlegen. Der Arzt müsste nämlich dann für die gegen den Willen des Kranken durchgeführten Maß-

¹¹⁷⁹ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.155; Hofmann, DR 1936, S.502, 504.

¹¹⁸⁰ Hofmann, DR 1936, S.502, 504.

¹¹⁸¹ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.159.

¹¹⁸² Engisch, in: Eser/ Künschner, S.160.

¹¹⁸³ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.161.

¹¹⁸⁴ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.161.

¹¹⁸⁵ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.162.

¹¹⁸⁶ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.163.

¹¹⁸⁷ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.163.

¹¹⁸⁸ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.164.

nahmen ebenso eintreten wie für die Unterlassung eines derartigen Eingriffs¹¹⁸⁹. Auch könnte durch das Behandlungsrecht der Zweck der ärztlichen Tätigkeit gestört werden, da es das für die Behandlung nötige Vertrauensverhältnis beeinträchtigen und Widerstand des Patienten hervorrufen könnte¹¹⁹⁰. Dass allgemein die Zeit für die Annahme eines allgemeinen Behandlungszwangs noch nicht gekommen sei, belegte der Autor auch mit den damals aktuellen strafrechtlichen Gesetzesentwürfen für die ärztliche Heilbehandlung. Hier wären ja eindeutig die Fälle festgelegt worden, in denen ausnahmsweise von einer Einwilligung abgesehen werden könne¹¹⁹¹. Es ginge auch nicht an, das Eingriffsrecht des Arztes von Fall zu Fall zu überprüfen, da es bei einem solchen Vorgehen äußerst schwierig sei, ärztliche Willkür ohne ein umständliches Verfahren zu verhindern¹¹⁹².

Diese Ansicht kam also zu dem Ergebnis, dass die Einwilligung grundsätzlich vom Willen des Patienten abhängen solle und es sollte nur in Fällen eines „überragenden öffentlichen Interesses“ eine Ausnahme hiervon gemacht werden können¹¹⁹³. Derartige Ausnahmefälle seien anzunehmen, wenn die Ausbreitung übertragbarer Krankheiten verhindert werden müsse¹¹⁹⁴, ebenso bei Gesundheitsmaßnahmen an Personen im Arbeits- oder Wehrdienst, wo die Autonomie des einzelnen ohnehin zurücktreten müsse und wo ein ärztliches Eingriffsrecht zur Aufrechterhaltung der Disziplin unerlässlich sei¹¹⁹⁵. Es handele sich hierbei aber immer um ganz eng begrenzte Sonderfälle¹¹⁹⁶.

Auch Neukamp lehnte mit dem Reichsgericht ein allgemeines Behandlungszwangsrecht ab¹¹⁹⁷. Ein solches stehe im Widerspruch zum Willen der „Volksführung“, da auch etwa die Schwangerschaft einer Erbkranken nur mit ihrer Einwilligung oder der ihres Sorgeberechtigten abgebrochen werden dürfe¹¹⁹⁸. Zudem ließe sich der Zwang praktisch schwer durchsetzen, da sich die oft unüberwindliche Abneigung gegen ärztliche Eingriffe schwerlich durch Strafdrohungen gegen den Kranken oder seine Angehörigen bekämpfen ließe. Auch für die gesetzlich schon normierten Fälle der Operationsduldpflicht seien keine Strafdrohungen bei Zuwiderhandlung aufgestellt worden¹¹⁹⁹. Außerdem stünden die noch unvollkommenen Kenntnisse auf dem Gebiet der Heilkunde der praktischen Umsetzung entgegen. Diese würden nämlich für die Gesundheitsämter eine Zuweisung des zwangsweise zu behandelnden Patienten zu einem bestimmten Facharzt sehr erschweren¹²⁰⁰. Des Weiteren müsste vor der Einführung eines allgemeinen Behandlungszwangs das Kurpfuschertum gänzlich beseitigt werden¹²⁰¹. Gegen die Einführung des allgemeinen Behandlungszwangs spreche nach seiner Ansicht auch, dass damit häufig nicht dieselben Heilerfolge erzielt werden könnten wie bei einer freiwilligen Behandlung, da das erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient gestört sei¹²⁰².

Als Alternative zu einem Behandlungszwang schlug der Autor vor, die Bevölkerung von frühester Jugend an zu einem vertrauensvollen Verhältnis zur Ärzteschaft zu erziehen, so dass sie sich freiwillig zu den erforderlichen Behandlungsmaßnahmen

¹¹⁸⁹ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.165.

¹¹⁹⁰ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.165.

¹¹⁹¹ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.166.

¹¹⁹² Engisch, in: Eser/ Künschner, S.167.

¹¹⁹³ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.167.

¹¹⁹⁴ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.167.

¹¹⁹⁵ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.168.

¹¹⁹⁶ Engisch, in: Eser/ Künschner, S.168.

¹¹⁹⁷ Neukamp, GS 1938, S.248, 255.

¹¹⁹⁸ Neukamp, GS 1938, S.248, 255.

¹¹⁹⁹ Neukamp, GS 1938, S.248, 256.

¹²⁰⁰ Neukamp, GS 1938, S.248, 257.

¹²⁰¹ Neukamp, GS 1938, S.248, 257.

¹²⁰² Neukamp, GS 1938, S.248, 258.

bereit erklären würden und diesen damit das für den Erfolg unerlässliche persönliche Verhältnis zugrunde liegen würde¹²⁰³.

Dass hier nur dieser Auffassung gefolgt werden kann, bedarf unabhängig von der Tragfähigkeit der vorgebrachten Argumente wohl keiner näheren Begründung. Dass sich die Vertreter dieser Ansicht nicht eindeutig gegen die hinter der Gegenansicht stehenden Wertungen aussprachen, dürfte angesichts der Zeitumstände nachvollziehbar sein.

2) Einzelfragen

Abgesehen von dieser ideologisch geprägten Diskussion scheinen in der Literatur in der Zeit zwischen dem Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft und dem Ende des Zweiten Weltkriegs keine grundlegenden Fragen zum Arzthaftungsrecht erörtert worden zu sein. Grund hierfür dürften die eingeschränkten Freiheiten während des totalitären Regimes und die anderen, vorrangigen Probleme während der Dauer des Krieges gewesen sein. Sogar die ideologieunabhängige Diskussion um die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Eingriffe schien angesichts der nur noch selten zu findenden Erörterungen jetzt weitgehend beendet. Nur vereinzelt wurden noch immer die beiden gegensätzlichen Ansichten mit ihren jeweiligen Argumenten und Gegenargumenten vertreten¹²⁰⁴ und Vorschläge für eine mögliche gesetzliche Regelung gemacht¹²⁰⁵.

IV) Zusammenfassung

Fasst man die Entwicklung des Arzthaftungsrechts während der nationalsozialistischen Herrschaft bis nach dem Zweiten Weltkrieg zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

In Bezug auf die Rechtslage waren keine Änderungen eingetreten. Die maßgeblichen Normen für das Arzthaftungsrecht waren noch immer das Bürgerliche Gesetzbuch und nach dem Scheitern weiterer Reformversuche das Strafgesetzbuch mit lediglich kleinen Veränderungen. Eine Auswirkung der NS-Ideologie auf die Gesetzeslage in diesem Bereich blieb aus. Die Zahl der Arzthaftungsverfahren stieg, von der Ausnahmezeit des Krieges abgesehen, wie bisher kontinuierlich an und die Rechtsprechung entwickelte die ersten reichsgerichtlichen Grundsätze fort. Sie sorgte dabei im Wesentlichen weiterhin für einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Ärzten und Patienten. Allerdings begann sich durch die Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht bereits ein leichter Kurswechsel der Rechtsprechung zu Lasten der Ärzte abzuzeichnen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts blieb aber frei von nationalsozialistischen Ansätzen. Die literarischen Ausführungen blieben überschaubar. Hier trat das nationalsozialistische Gedankengut am deutlichsten zu Tage, jedoch gab es auch Gegenstimmen.

Insgesamt also entwickelte sich das Arzthaftungsrecht trotz NS-Regime auf der vorgegebenen Linie unbeeinflusst vom damals immer stärker um sich greifenden ideologischen Gedankengut. Einen einzigen indirekten Einfluss der nationalsozialistischen Herrschaft könnte man darin erblicken, dass das Reichsgericht als Gegenreaktion auf den Verlust der Bedeutung des einzelnen begann, dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten zuviel Gewicht beizumessen, und dass diese Entwicklung vom Bundesgerichtshof fortgesetzt wurde, der von Anfang an nachhaltig darum bemüht war, einer Wiederholung dieses Kapitels der Geschichte aktiv entgegenzuwirken¹²⁰⁶.

¹²⁰³ Neukamp, GS 1938, S.248, 260.

¹²⁰⁴ Kallfelz, JW 1936, S.3112, 3114, 3115; Kohlrausch, StGB, S.491.

¹²⁰⁵ Schmidt, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1948, S.23, 24ff.

¹²⁰⁶ Schmidt, Gutachten zum 44. DJT, S.41, 42.

D) Ergebnis

Zur Entwicklung des Arzthaftungsrechts vom Beginn des 18. Jahrhunderts bis 1950 kann folgendes zusammenfassend festgestellt werden:

In diesem Zeitraum begann sich das Arzthaftungsrecht im eigentlichen, heutigen Sinn zu entwickeln und gewann immer mehr an Bedeutung. Voraussetzungen für eine solche Entwicklung waren im Wesentlichen zwei verschiedene Aspekte. Zum ersten hatten sich der Arztberuf, das Gesundheitswesen und die Medizin stark weiterentwickelt. Damit war die Zahl der ärztlichen Behandlungsfälle und der ärztlichen Behandlungsmöglichkeiten ebenso gestiegen wie die Zahl der potentiellen Fehlerquellen und die Möglichkeit der Aufklärung von Behandlungsfehlern. Zum zweiten war mit dem Strafgesetzbuch von 1871 und dem Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 endlich eine einheitliche Rechtslage für ganz Deutschland geschaffen worden, die wegen des Scheiterns verschiedenster Reformversuche unverändert blieb. Somit lagen verlässliche tatsächliche und einheitliche rechtliche Beurteilungsmaßstäbe für das ärztliche Handeln vor.

Dementsprechend stieg auch seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Zahl der Behandlungsfehlerverfahren stetig und immer stärker, jedoch nicht explosionsartig. Verlässliche Zahlen existieren allerdings nicht, da bis in die fünfziger Jahre des 20. Jahrhunderts keinerlei statistische Erhebungen stattfanden. Die Rechtsprechung begann seit der „Geburtsstunde des Arzthaftungsrechts“, der Reichsgerichtsentscheidung vom 30. Mai 1894, allgemeine Grundsätze für das Arzthaftungsrecht aufzustellen, das mangels spezialgesetzlicher Regelungen von Anfang an richterrechtlich geprägt wurde. Bald stieg die Zahl der Entscheidungen so an, dass Zeitgenossen schon damals von einer „unübersichtlichen Zahl“ von Urteilen sprachen und dass aus den vielen Einzelfallentscheidungen nur einzelne von grundlegender Bedeutung ausgemacht werden konnten. Die Rechtsprechung legte hierin Grundsätze fest und entwickelte diese durch zunehmende Differenzierung weiter. Insgesamt strebte das Reichsgericht dabei nach einem angemessenen Interessenausgleich zwischen Ärzteschaft und Patienten. Erst als Reaktion auf die nationalsozialistische Ideologie, die sonst im Arzthaftungsrecht weder auf die Gesetzgebung noch auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung Einfluss hatte, begann eine Tendenz hin zu einer verstärkten Betonung der Interessen der Patienten.

Auch die Literatur befasste sich seit Beginn des 18. Jahrhunderts mit grundlegenden Fragen, wie etwa der Verfolgbarkeit ärztlicher Handlungen, der strafrechtlichen Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung und dem Kunstfehlerbegriff, die jedoch bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts im Wesentlichen alle ausdiskutiert waren

Das Arzthaftungsrecht hatte somit im Vergleich zu früheren Zeiten eine bedeutende rechtliche und theoretische Fortentwicklung erlebt, und die Weichen für ein modernes Arzthaftungsrecht waren damit gestellt.

Teil IV: Exkurs: Entwicklung des Arzthaftungsrechts in der DDR

Bevor im Anschluss die Entwicklung dieses modernen Arzthaftungsrechts im westlichen Teil Deutschlands und später Gesamtdeutschlands nachgezeichnet wird, soll zunächst kurz auf das Arzthaftungsrecht in der ehemaligen DDR eingegangen werden. Zum ersten soll untersucht werden, wie sich die Rechtsauffassung und die Ideologie des Sozialismus auf das Arzthaftungsrecht ausgewirkt haben, und zum zweiten soll ein Vergleich mit der Entwicklung im übrigen Teil Deutschlands ermöglicht werden.

A) Allgemeines zum Arzthaftungsrecht in der DDR

I) Begrifflichkeiten

Das Arzthaftungsrecht existierte in der DDR nicht als eigenes Rechtsgebiet. Die materiell-rechtlichen Grundlagen des Arzthaftungsrechts wurden in der Literatur der DDR deshalb auch nur gelegentlich erörtert¹²⁰⁷. Der Begriff des „Arztrechts“ existierte nicht, da es mit der Rechts- und Staatsauffassung der DDR nicht vereinbar gewesen wäre, den Gesundheitsschutz der Bürger als kollektives Anliegen aus der Perspektive eines Berufsstandes zu beleuchten¹²⁰⁸. Man behandelte Probleme im Verhältnis zwischen Arzt und Patient unter dem Oberbegriff des „Gesundheitsrechts“¹²⁰⁹.

Eine weitere begriffliche Besonderheit bestand darin, dass in der DDR der Begriff des „Kunstfehlers“ von jeher abgelehnt wurde. Er fand weder im Zivilrecht noch im Strafrecht Anwendung, da er nur etwas darüber aussage, ob bei einer Behandlung vom aktuellen Stand der Wissenschaft oder Praxis abgewichen worden wäre, aber keine Aussage darüber treffe, wie dieses Abweichen rechtlich zu werten wäre¹²¹⁰.

II) Grundsätzliches zur Stellung des Patienten

Eine weitere Besonderheit im Rechtssystem der DDR war das Grundverständnis vom Verhältnis zwischen Arzt und Patient, das den Hintergrund für die Haftung der Ärzte bildete. So sollte jedem Bürger zwar gemäß Artikel 35 der DDR-Verfassung ein Recht auf Gesundheitsschutz zustehen, gemäß dem Wortlaut: „(1) Jeder Bürger der Deutschen Demokratischen Republik hat das Recht auf Schutz seiner Gesundheit und seiner Arbeitskraft. (2) Dieses Recht wird durch die planmäßige Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen, die Pflege der Volksgesundheit, eine umfassende Sozialpolitik, die Förderung der Körperkultur, des Schul- und Volkssports und der Touristik gewährleistet. (3) Auf der Grundlage eines sozialen Versicherungssystems werden bei Krankheit und Unfällen materielle Sicherheit, unentgeltliche ärztliche Hilfe, Arzneimittel und andere medizinische Sachleistungen gewährt.“¹²¹¹. Als Kehrseite dieses Rechts sollte aber auch jedem Bürger die Pflicht obliegen, seine Gesundheit selbst aktiv zu fördern und bei Eintritt einer Erkrankung wieder herzu stellen. Diese Pflicht fand ihren Niederschlag etwa in den gesetzlichen Impfpflichten, der Pflicht zur Teilnahme an Röntgenreihenuntersuchungen, in den Pflichten bei übertragbaren Krankheiten, den Pflichten von psychisch Kranken, Suchtkranken und Straftätern und verschiedenen Pflichten des Patienten im Krankenhaus¹²¹².

III) Mögliche Rechtsfolgen ärztlicher Behandlungsfehler

Mögliche Rechtsfolgen eines ärztlichen Behandlungsfehlers waren der Ausgleich der materiellen Nachteile für den Geschädigten auf der einen und strafrechtliche sowie disziplinarische oder andere arbeitsrechtliche Sanktionen für den Arzt auf der anderen Seite, wie etwa die Einleitung eines Disziplinarverfahrens, oder die Zurücknahme der Approbation oder der Facharztanerkennung¹²¹³.

¹²⁰⁷ Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹²⁰⁸ Mück, NJW 1983, S.1364, 1364.

¹²⁰⁹ Mück, NJW 1983, S.1364, 1364.

¹²¹⁰ Becker, NJ 1974, S.422, 422; Thesen des 5.Strafsenats, NJ 1972, S.445, 446.

¹²¹¹ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 436.

¹²¹² Mück, NJW 1983, S.1364, 1366.

¹²¹³ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.184.

Im Folgenden sollen der Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile für den Patienten und die strafrechtlichen Folgen einer pflichtwidrigen ärztlichen Behandlung näher betrachtet werden.

B) Zivilrechtliche Haftung für Behandlungsfehler

Die rechtlichen Folgen von Behandlungsfehlern richteten sich auch in der DDR unter anderem nach den Regelungen des Zivilrechts. In Bezug auf die zivilrechtlichen Grundlagen des Arzthaftungsrechts lassen sich hier zwei Zeitabschnitte unterscheiden, der vor und der nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches der DDR (ZGB) am 1. Januar 1976.

I) Zivilrechtliche Haftung vor 1976

1) Rechtslage nach dem Wortlaut des Gesetzes

Bis zur Ablösung des herkömmlichen BGB von 1900 im Jahre 1976 bildeten die bereits dargestellten Normen des BGB auch im Gebiet der damaligen DDR die Grundlage für die zivilrechtliche Haftung des Arztes¹²¹⁴.

Zunächst änderte sich an der rein zivilrechtlichen Beurteilung nach dem BGB auch nicht viel. Der Großteil des Gesundheitswesens blieb in privater Hand und die Vorschriften des BGB und die damit verbundenen rechtstheoretischen Überlegungen im Bereich des Arzthaftungsrechts aus der Zeit vor 1945 blieben vorläufig gültig¹²¹⁵. Die Ärzte oder die Einrichtungen des staatlichen Gesundheitswesens waren demnach immer dann zu Schadensersatz verpflichtet, wenn sie selbst oder ein Erfüllungsgehilfe im Rahmen der ärztlichen Tätigkeit einem Patienten in irgendeiner Weise schuldhaft einen Schaden zugefügt hatten¹²¹⁶. Dazu musste die Behandlung für den Schaden ursächlich gewesen sein¹²¹⁷ und der Arzt oder der Erfüllungsgehilfe musste vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben¹²¹⁸. Die vertragliche Haftung richtete sich auch hier nach den Grundsätzen der vertraglichen Pflichtverletzung, die auf den Vertrag zwischen Arzt und Patient analog angewendet wurden¹²¹⁹. Die deliktische Haftung richtete sich nach §§ 823 und 831 BGB¹²²⁰. Maßstab dafür, ob der Arzt oder die Gesundheitseinrichtung fahrlässig gehandelt hatte, war, ob die objektiv erforderliche und nach den konkreten Umständen mögliche Sorgfalt beachtet worden war¹²²¹. Dabei fanden die subjektiven Eigenschaften des Schädigers keine Berücksichtigung¹²²². Der Schadensersatz beinhaltete den zur Wiederherstellung der Gesundheit nötigen Geldbetrag und den Verdienstausfall des Patienten¹²²³.

Lediglich die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses zwischen Arzt und Patient änderte sich etwas. Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient wurde nämlich zunächst auch hier als Dienstvertrag qualifiziert, bis das Oberste Gericht der DDR am 8. Dezember 1955 diesen Begriff durch den des „Arztvertrages“ ersetzte¹²²⁴. Das Gericht begründete diesen Schritt damit, dass durch die rechtliche Konstruktion des Dienstvertrages der Patient eine ungerechtfertigte Weisungsbefugnis

¹²¹⁴ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316.

¹²¹⁵ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.18, 19.

¹²¹⁶ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.48.

¹²¹⁷ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.48.

¹²¹⁸ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.49.

¹²¹⁹ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.81.

¹²²⁰ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.54, 55.

¹²²¹ Cohn/ Grieger/ Strasberg, NJ 1968, S.555, 558.

¹²²² Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.83.

¹²²³ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.81.

¹²²⁴ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.19.

gegenüber dem Arzt erhielt. Eine Begründung für das neue Rechtsinstitut gab es darüber hinaus nicht¹²²⁵. An diesem Modell wurde im Wesentlichen bis zum Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches ZGB¹²²⁶ festgehalten, auch wenn es in der Literatur zunehmend auf Kritik stieß¹²²⁷.

2) Rechtswirklichkeit

Diese von den Vorschriften des BGB vorgegebene Haftungssituation sah aber trotz der einstweiligen Fortgeltung des BGB in der Wirklichkeit bald anders aus. Das Gesundheitswesen in der DDR erfuhr nämlich einen zunehmenden Wandel, so dass ein einheitliches staatliches Gesundheitswesen entstand und die konfessionellen Einrichtungen den staatlichen Einrichtungen rechtlich gleich gestellt wurden. Dabei waren fast alle Ärzte, genauer 99 %, Angestellte in den Einrichtungen des Gesundheitswesens, den Polikliniken und sonstigen Krankenhäusern, sowie den sogenannten Ambulatorien und den staatlichen Arztpraxen. Nur sehr wenige Ärzte waren noch in eigener Praxis tätig¹²²⁸.

Dadurch, dass fast 100 % der Ärzte Angestellte in staatlichen Gesundheitseinrichtungen waren, und außerdem besondere Regelungen des Arbeitsrechts hinzutraten, hafteten die handelnden Ärzte den geschädigten Patienten bald nicht mehr persönlich. An Stelle der Ärzte hafteten fortan die Einrichtungen, bei denen sie angestellt waren¹²²⁹. Zum ersten war nämlich die vertragliche Haftung der Ärzte schon dadurch ausgeschlossen, dass sie den Kranken nur als Angestellte ihrer Gesundheitseinrichtung entgegentraten. Ein Behandlungsverhältnis bestand damit nur noch zwischen dem Kranken und der Gesundheitseinrichtung, nicht mehr zwischen dem Patienten und dem einzelnen Arzt. Die Gesundheitseinrichtung traf dann auch die Haftung für die Fehler der Ärzte als ihre Erfüllungsgehilfen¹²³⁰.

Zum zweiten wurde die deliktische Haftung durch die Regelungen des 1961 in Kraft getretenen „Gesetzbuches der Arbeit“ überlagert. Dieses sah in den §§ 112 ff vor, dass die Haftung der Arbeitnehmer gegenüber dem Betrieb im Falle einer fahrlässigen Schadensverursachung auf einen monatlichen Tariflohn begrenzt sein sollte. Dieser Regelung entnahm der oberste Gerichtshof die vom Wortlaut nicht umfasste Haftungsfreistellung der Arbeitnehmer, also der Ärzte, auch gegenüber geschädigten Dritten¹²³¹. Gleichzeitig nahm das oberste Gericht der Gesundheitseinrichtung die Möglichkeit der Exkulpation durch sorgfältige Auswahl und Überwachung nach § 831 Absatz 1 Satz 2 BGB¹²³². Die Gesundheitseinrichtung konnte zwar zunächst gemäß §§ 260 ff AGB bei schuldhafter Verursachung eines Schadens beim Arzt unter bestimmten Voraussetzungen jedenfalls in einfacher Höhe seines Tariflohns Regress nehmen, wenn die staatliche Versicherung, bei der alle Mitarbeiter der Gesundheitseinrichtungen versichert waren, ihrerseits Regress bei der Gesundheitseinrichtung nahm¹²³³. Ihre Bedeutung verlor diese Regressmöglichkeit aber durch die Einführung der Pflichtversicherung der staatlichen Organe im Jahre 1969. Dadurch wurde der von den Gesundheitseinrichtungen zu tragende Eigenanteil am entstandenen Schaden nämlich auf 300 Mark begrenzt, so dass diese keinen Anlass mehr hatten, über diesen Betrag hinaus Regress beim betreffenden Arzt zu nehmen. Die Haftungssituation der Ärzte war somit also weiter entschärft¹²³⁴.

¹²²⁵ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.20.

¹²²⁶ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.19.

¹²²⁷ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.20.

¹²²⁸ Schmauss, VersR 1989, S.664, 664.

¹²²⁹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316.

¹²³⁰ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316; Katzenmeier, Arzthaftung, S.229.

¹²³¹ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S. 89; Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316.

¹²³² Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316.

¹²³³ Könnig, VersR 1990, S.238, 238; Merkelbach, VersR 1990, S.956, 957.

¹²³⁴ Mück, NJW 1983, S.1364, 1365.

Insgesamt kam demnach eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nur der Gesundheitseinrichtung in Betracht, wenn entweder der Arzt als Erfüllungsgehilfe den Schaden schuldhaft verursacht hatte oder wenn die Gesundheitseinrichtung ihrer Pflicht, den Arzt oder das sonstige Personal sorgfältig auszuwählen, nicht nachgekommen war und dadurch den Schaden schuldhaft hervorgerufen hatte¹²³⁵. Eine Schadensersatzpflicht des Arztes, der den Behandlungsfehler begangen hatte, schied demnach praktisch aus. Noch während der Geltung des BGB hatte somit das Haftungsrecht in der DDR mit den oben dargestellten Grundsätzen nur noch sehr wenig gemein.

3) Medizinisches Betreuungsverhältnis

Aber nicht nur die Haftungsverteilung änderte sich infolge der rechtlichen Umgestaltung der DDR. Auch das Arzt-Patienten-Verhältnis als Ausgangspunkt aller Haftungsfragen erfuhr infolge der geänderten Rechtsauffassungen eine neue rechtliche Einordnung.

a) Literarische Diskussion

Seit Beginn der sechziger Jahre fand in der DDR nämlich eine wissenschaftliche Diskussion darüber statt, ob man das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient als einen zivilrechtlichen Vertrag einordnen könne.

Den ersten Diskussionspunkt bildete dabei die Frage, ob das Arzt-Patienten-Verhältnis überhaupt unter die zivilrechtliche Regelungsmaterie falle¹²³⁶. Die herrschende Meinung vertrat hierzu die Auffassung, dass weder die zivilrechtliche Regelung noch die zivilrechtliche Betrachtung des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient angemessen sei. Es handele sich hierbei nicht um eine „Ware-Geld-Beziehung“ und als Folge des Sozialismus und der Sozialversicherung würden die Verhältnisse im Sozial- und Gesundheitswesen immer mehr zu reinen Betreuungsverhältnissen mit einem eigenen wirtschaftlichen und noch nicht näher bestimmten rechtlichen Charakter¹²³⁷. Nur ausnahmsweise entgeltliche und von der Sozialversicherung nicht erfasste medizinische Leistungen könnten noch zivilrechtlich beurteilt werden¹²³⁸. Teilweise wurde auch vertreten, wegen Differenzierungsschwierigkeiten dürfe gar kein Behandlungsverhältnis mehr zum Zivilrecht gezählt werden¹²³⁹.

Aber nicht nur die Einordnung in ein bestimmtes Rechtsgebiet war umstritten, sondern auch die Frage, ob das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient vertraglich begründet werden müsse¹²⁴⁰. Die herrschende Meinung vertrat hier die Ansicht, dass der Abschluss eines Vertrages nicht erforderlich sei¹²⁴¹. Dies wurde unterschiedlich begründet. Zum Teil wurde ausgeführt, dieses Rechtsverhältnis passe aufgrund seiner Besonderheiten nicht in ein bestimmtes Schema¹²⁴². Andere sahen die Verpflichtung der Gesundheitseinrichtungen und der Ärzte zur Hilfe als eine ethische an, die der Patient nach seinem Ermessen in Anspruch nehme. Die rechtliche Beziehung sei deshalb eine permanente und gesellschaftliche, die keine vertragliche Grundlage benötige¹²⁴³. Wiederum andere sahen einen Vertragsschluss deshalb als überflüssig an, weil der einzelne schon aus dem mit Abschluss des Arbeitsvertrages begründeten Sozialversicherungsverhältnis einen gesundheitlichen Betreuungsanspruch erhalte. Auch würde die Annahme eines zivilrechtlichen Ver-

¹²³⁵ Becker, NJ 1974, S.422, 424; Cohn/ Grieger/ Strasberg, NJ 1968, S.555, 557.

¹²³⁶ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.21.

¹²³⁷ Mandel, NJ 1973, S.76, 78; Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.21.

¹²³⁸ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.22.

¹²³⁹ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.22.

¹²⁴⁰ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.23.

¹²⁴¹ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.23.

¹²⁴² Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.23.

¹²⁴³ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.23.

trages der Vielfalt der rechtlichen Beziehungen im Rahmen einer medizinischen Behandlung nicht gerecht¹²⁴⁴. Als weiteres Argument wurde vorgebracht, es könne sich deshalb nicht um eine vertragliche Beziehung handeln, weil der Patient die Leistungen des Gesundheitswesens ohne eine jeweils darauf bezogene Gegenleistung erhalte¹²⁴⁵. Auch sei aus der Perspektive des Arztes, dessen Handeln auf der Vereinbarung der Sozialversicherung und zuständigen Gewerkschaft beruhe, keine weitere vertragliche Regelung nötig¹²⁴⁶.

Deshalb zog man dem zivilrechtlichen Vertrag die Figur des sogenannten „medizinischen Betreuungsverhältnisses“ vor. Dieses sollte allein dadurch begründet werden, dass der Bürger durch das Vorlegen des Sozialversicherungsausweises das Erfordernis einer medizinischen Behandlung erklärte¹²⁴⁷. Schon durch diese Absichtsbekundung, eine Leistung in Anspruch nehmen zu wollen, würden Arzt und Gesundheitseinrichtung zur Leistung verpflichtet¹²⁴⁸. Im Rahmen des so zustande gekommenen Betreuungsverhältnisses sollten keine näheren Vereinbarungen über Art, Umfang oder Qualität der Leistung, über Garantieansprüche, Vertragsstrafen, Fristen, Termine oder Bedingungen getroffen werden¹²⁴⁹. Maßstab für die ärztliche Pflichterfüllung sollten objektive Kriterien und der neuste Stand der Wissenschaft sein¹²⁵⁰. Auch wenn man von diesem neuen Rechtsinstitut ausging, sollten dennoch nach allgemeiner Ansicht die Regelungen des Zivilrechts vor allem in Haftungsfragen weiterhin darauf anwendbar bleiben¹²⁵¹.

b) Gesetzliche Regelung

Eine gesetzliche Regelung des medizinischen Betreuungsverhältnisses, das sich zum wichtigsten Institut im Gesundheitsrecht der DDR entwickelte, unterblieb trotz der regen Diskussion in der Literatur zunächst. Erst am 1. März 1980 trat eine Rahmenkrankenhausordnung in Kraft, die in ihrem Teil B verschiedene Vorschriften zum medizinischen Betreuungsverhältnis enthielt¹²⁵². In rechtlicher Hinsicht wurde das Betreuungsverhältnis außerdem von den verschiedensten Rechtsbereichen berührt. Das Verwaltungsrecht spielte etwa dann eine Rolle, wenn staatliche Regelungen zur Inanspruchnahme medizinischer Leistungen durchzusetzen waren¹²⁵³. Neben dem ZGB, auf das noch näher eingegangen werden wird, bildete auch das Arbeitsrecht mindestens seit Inkrafttreten des Arbeitsgesetzbuches vom 16. Juni 1977 einen weiteren Einflussfaktor. Dessen § 289 regelte nämlich die Pflicht jedes „Werkstätigen“, „bei Erkrankung die ärztlich verordneten Behandlungsmaßnahmen gewissenhaft zu befolgen, durch sein gesamtes Verhalten den Heilungsprozess zu fördern und jeglichen Missbrauch von Leistungen der Sozialversicherung zu unterlassen.“¹²⁵⁴. Der juristisch-medizinische Arbeitskreis beim Zentralvorstand der Vereinigung der Juristen der DDR definierte das medizinische Betreuungsverhältnis als ein „komplexes Rechtsverhältnis, das seine Ausgestaltung durch die Vorschriften des Zivilgesetzbuches mit seinen Funktions- und Verhaltensprinzipien, des Staats- und Verwaltungsrechts, des Arbeitsrechts und durch besondere Rechtsvorschriften des

¹²⁴⁴ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.24.

¹²⁴⁵ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.25.

¹²⁴⁶ Mandel, NJ 1973, S.76, 79; Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.26.

¹²⁴⁷ Mandel, NJ 1973, S.76, 79.

¹²⁴⁸ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.25.

¹²⁴⁹ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.25.

¹²⁵⁰ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.26.

¹²⁵¹ Könnig, VersR 1990, S.238, 238.

¹²⁵² Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.27.

¹²⁵³ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.31.

¹²⁵⁴ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.31.

Gesundheitswesens erfährt¹²⁵⁵. Die Haftung von Arzt und Gesundheitseinrichtung richtete sich aber weiterhin nach den zivilrechtlichen Vorschriften¹²⁵⁶.

c) Zweck und Inhalt

Nach und nach wurde der Begriff des „Arztvertrages“ somit durch den des „Medizinischen Betreuungsverhältnisses“ ersetzt. Es sollte damit die Eingliederung in das sozialistische Gesundheitssystem und das durch die Sorge um den einzelnen geprägte Verhältnis zwischen der Allgemeinheit und dem Bürger zum Ausdruck kommen¹²⁵⁷. Der neue Begriff sollte zudem den erleichterten rechtlichen Zugang der Bürger zu medizinischen Leistungen und die zunehmende Bedeutung von Teamarbeit auf dem medizinischen Sektor hervorheben¹²⁵⁸.

Zweck des Verhältnisses waren die Erhaltung und Förderung von Gesundheit und Leistungsfähigkeit der Bürger, das rechtzeitige Erkennen und Heilen von Krankheiten und die Einbindung oder Rückführung psychisch und physisch Geschädigter in das gesellschaftliche Leben¹²⁵⁹. Es kam, wie bereits erwähnt, durch die Vorlage des Versicherungsscheins durch den Patienten zustande¹²⁶⁰ und richtete sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen erst des BGB und dann des ZGB¹²⁶¹.

Das Betreuungsverhältnis umfasste als Rechtsverhältnis „die Gesamtheit der Rechte und Pflichten und die sich hieraus ergebenden Beziehungen, die auf der Grundlage der Rechtsvorschriften zwischen dem Bürger und der Gesundheitseinrichtung bzw. dem behandelnden Arzt bei der medizinischen Betreuung entstehen“¹²⁶². Entsprechend diesen gegenseitigen Rechten und Pflichten musste der Patient den Arzt über alle wesentlichen Umstände informieren, den Anordnungen des Arztes Folge leisten, die Hausordnung des jeweiligen Krankenhauses einhalten und durfte sich nicht ohne ärztliche Anordnung aus dem Krankenhaus entfernen¹²⁶³. Zahlungspflichten trafen den sozialversicherten Patienten nicht. Verstieß ein Patient gegen die ihm obliegenden Pflichten, so konnte ihm aber das Krankengeld ganz oder teilweise entzogen werden¹²⁶⁴. Den Pflichten des Patienten standen die der Gesundheitseinrichtung und der einzelnen Ärzte gegenüber. Die Gesundheitseinrichtung war zur sorgfältigen Behandlung und ordnungsgemäßen Auswahl und Überwachung ihrer Erfüllungsgehilfen verpflichtet¹²⁶⁵. Die Ärzte selbst mussten die Behandlung am neuesten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft und ihrer Berufserfahrung ausrichten¹²⁶⁶. Die Ärzte unterlagen ferner der Schweigepflicht, und es wurde ihnen empfohlen, die medizinische Behandlung zu dokumentieren¹²⁶⁷. Beratung und Aufklärung des Patienten lagen im Ermessen des Arztes¹²⁶⁸. Die von der Literatur entwickelte Rechtsfigur des medizinischen Betreuungsverhältnisses umfasste somit alle gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen Arzt und Patient.

¹²⁵⁵ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 434.

¹²⁵⁶ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 435.

¹²⁵⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, S.229; Mandel, NJ 1973, S.76, 76; Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.29.

¹²⁵⁸ Mück, NJW 1983, S.1364, 1364.

¹²⁵⁹ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.28.

¹²⁶⁰ Könnig, VersR 1990, S.238, 239.

¹²⁶¹ Könnig, VersR 1990, S.238, 238.

¹²⁶² Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.28.

¹²⁶³ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 435; Könnig, VersR 1990, S.238, 239.

¹²⁶⁴ Könnig, VersR 1990, S.238, 239.

¹²⁶⁵ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 434.

¹²⁶⁶ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 435; Könnig, VersR 1990, S.238, 240.

¹²⁶⁷ Könnig, VersR 1990, S.238, 241.

¹²⁶⁸ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 435.

II) Zivilrechtliche Haftung nach 1976

1) Ausgangspunkt

Der Gesetzgeber ließ sich von der zunehmenden Anerkennung dieses neuen Rechtsinstituts insofern beeinflussen, als er das medizinische Betreuungsverhältnis als neues Rechtsinstitut anerkannte und das Arzt-Patienten-Verhältnis nicht als zivilrechtlichen Vertrag in das ZGB aufnahm¹²⁶⁹.

2) Arzthaftungsfragen im ZGB

In Bezug auf die Haftung des Arztes bzw. der Gesundheitseinrichtung in diesem Rechtsverhältnis wurden die schon unter der Geltung des BGB entwickelten Grundsätze in das Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik (ZGB) aus dem Jahre 1976 übernommen¹²⁷⁰. Es erfolgte aber auch hier weder eine spezielle Regelung des medizinischen Betreuungsverhältnisses noch eine solche der Schadensersatzfolgen im Falle eines ärztlichen Behandlungsfehlers. Nach § 21 sollte das ZGB ausdrücklich auch die Rechtsbeziehungen im Gesundheitswesen umfassen. Auch sollten nach § 48 die Grundsätze des ZGB auf das Verhältnis des Patienten zur Gesundheitseinrichtung anwendbar sein¹²⁷¹. Die Voraussetzungen der Haftung der Ärzte, vor allem jedoch der Gesundheitseinrichtungen richteten sich somit nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 330 und 331 ZGB. Begriff, Art und Umfang des Schadensersatzes waren durch die §§ 336 bis 338 ZGB vorgegeben¹²⁷². Ergänzt wurde diese Haftungsverteilung durch die §§ 260 ff des Arbeitsgesetzbuches von 1977, nach denen, wie ja bereits erwähnt, der Arbeitnehmer den Regressforderungen der staatlichen Versicherung ausgesetzt sein konnte, jedoch begrenzt auf die Höhe eines monatlichen Tariflohns¹²⁷³.

3) Haftungsvoraussetzungen

Die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen nach den Regelungen des ZGB lauten:

„§ 330 Verpflichtung zum Schadensersatz: Ein Bürger oder Betrieb, der unter Verletzung der ihm obliegenden Pflichten rechtswidrig einen Schaden verursacht, ist zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet.“ und

„§ 331 Verantwortlichkeit der Betriebe für ihre Mitarbeiter: Verursacht der Mitarbeiter eines Betriebes in Erfüllung ihm obliegender betrieblicher Aufgaben einen Schaden, hat der Betrieb den Schaden zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht des Mitarbeiters gegenüber dem Geschädigten besteht nicht¹²⁷⁴. Die Verantwortlichkeit des Mitarbeiters gegenüber dem Betrieb nach arbeitsrechtlichen oder anderen Vorschriften wird dadurch nicht berührt¹²⁷⁵“

Voraussetzung der Haftung für einen ärztlichen Behandlungsfehler war damit allein ein objektiver Sorgfaltspflichtverstoß. Die Pflichtverletzung war der zentrale Begriff des in den §§ 330 ff ZGB geregelten allgemeinen Schadensersatzregelungen. Dort waren zwar nur die Fälle der außervertraglichen Haftung geregelt, sie fanden jedoch gemäß § 93 ZGB auch auf die Haftung in Vertragsverhältnissen Anwendung¹²⁷⁶. Eine Pflichtverletzung in diesem Sinne lag vor, wenn die nach der Wissenschaft und Praxis erforderliche Sorgfalt verletzt wurde. Maßstab für den Stand der medizini-

¹²⁶⁹ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.27; Mück, NJW 1983, S.1364, 1364.

¹²⁷⁰ Schmauss, VersR 1989, S.664, 665.

¹²⁷¹ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.30.

¹²⁷² Schmauss, VersR 1989, S.664, 665.

¹²⁷³ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316.

¹²⁷⁴ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 316.

¹²⁷⁵ Katzenmeier, Arzthaftung, S.230.

¹²⁷⁶ Macke, in: FS Steffen, S.289, 295.

schen Wissenschaft waren die anerkannten Hochschullehrbücher, die Fachzeitschriften aus beiden Teilen Deutschlands, der auf medizinischen Tagungen allgemein anerkannte Wissensstand, Anweisungen und Mitteilungen des Gesundheitsministeriums sowie die Richtlinien der „Zentralstelle für ärztliches Begutachtungswesen“¹²⁷⁷. Eine Sorgfaltspflichtverletzung wurde dann angenommen, wenn ohne Begründung von diesen Richtlinien abgewichen wurde¹²⁷⁸.

4) Haftungsrechtliche Bedeutung der Aufklärungspflichtverletzung

Die Frage der Haftung war allein davon abhängig, ob bei der Behandlung eine Pflichtverletzung in Gestalt eines medizinischen Fehlers unterlaufen war oder nicht. Die Verletzung der Aufklärungspflicht war für die Arzthaftung unbeachtlich¹²⁷⁹, da man in diesen Fällen den Kausalzusammenhang mit dem eingetretenen Schaden verneinte¹²⁸⁰.

Es bestand zwar grundsätzlich die Pflicht des Arztes, seine Patienten aufzuklären. Die Notwendigkeit der Einwilligung und Aufklärung des Patienten wurde zunächst aus Artikel 35 der DDR-Verfassung über den Schutz von Gesundheit und Arbeitskraft des Bürgers, aus Artikel 19 der DDR-Verfassung über Achtung und Schutz der Würde und Freiheit der Persönlichkeit¹²⁸¹ oder aus einem Umkehrschluss aus der gesetzlichen Pflicht zur Duldung medizinischer Maßnahmen abgeleitet¹²⁸². Später wurde sie dann sogar ausdrücklich in § 5 der Approbationsordnung vom 13. Januar 1977¹²⁸³ geregelt, der lautete: „Der Arzt gestaltet ein vertrauliches Verhältnis zum Patienten. Er klärt ihn in geeigneter Weise und im angemessenen Umfang über die Erkrankung sowie die erforderlichen medizinischen Betreuungsmaßnahmen auf und schafft damit die Voraussetzungen für die Mitwirkung des Patienten am Prozess der Wiederherstellung seiner Gesundheit“¹²⁸⁴. Auch in der Rahmen-Krankenhaus-Ordnung vom 14. November 1979 in den Teilen A und B war festgelegt¹²⁸⁵: „Das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patient schließt den Anspruch des Bürgers ein, über seinen Gesundheitszustand, Anlass und Ziel vorgesehener medizinischer Maßnahmen in angemessener Weise informiert zu werden. Das ist eine wichtige Voraussetzung für das aktive Mitwirken des Patienten am Genesungsprozess.“ (Teil A) und „Von großer Bedeutung für den Patienten ist das ärztliche Gespräch. Der Arzt soll das Verständnis des Patienten für verordnete Maßnahmen wecken, ihn zur Mitwirkung am Prozess der medizinischen Betreuung gewinnen und seinen Genesungswillen stärken. Diagnostische, therapeutische und pflegerische Maßnahmen sind im erforderlichen Maße und so schonend wie möglich durchzuführen. Der Patient ist über die Notwendigkeit und möglichen Folgen medizinischer Eingriffe bzw. der Anwendung von Arzneimitteln in angemessener Weise aufzuklären. Sein Einverständnis bzw. die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ist einzuholen.“ (Teil B)¹²⁸⁶.

Eine ärztliche Maßnahme war aber trotz dieser ausführlichen Bestimmungen unabhängig von Aufklärung und Einwilligung rechtmäßig, solange sie medizinisch ange-

¹²⁷⁷ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

¹²⁷⁸ Könnig, VersR 1990, S.238, 240.

¹²⁷⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.230; Cohn/ Grieger/ Strasberg, NJ 1968, S.555, 556.

¹²⁸⁰ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317; Schmauss, VersR 1989, S.664, 667.

¹²⁸¹ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 139.

¹²⁸² Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.40.

¹²⁸³ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 139; Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.92.

¹²⁸⁴ Schmauss, VersR 1989, S.664, 667.

¹²⁸⁵ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 139; Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.40.

¹²⁸⁶ Schmauss, VersR 1989, S.664, 667.

zeigt und ordnungsgemäß durchgeführt worden war¹²⁸⁷. Inhalt, Umfang und Art und Weise der Aufklärung blieben trotz der Regelungen und der grundsätzlich anerkannten Notwendigkeit der Aufklärung im Ermessen des Arztes und damit ohne praktische Bedeutung¹²⁸⁸. Sie hatte nur den Zweck, den Patienten in ein Behandlungsgeschehen einzubeziehen, das im Wesentlichen ohnehin durch den Arzt bestimmt wurde¹²⁸⁹. Bei der Beurteilung der Aufklärungspflicht spielten also in erster Linie Aspekte des Heilzwecks und dann erst solche des Selbstbestimmungsrechts des Patienten eine Rolle¹²⁹⁰. Man war in der DDR der Auffassung, dass das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen nicht als Korrektiv wirken müsse, weil im Sozialismus die Interessen von Individuum und Gesellschaft deckungsgleich seien¹²⁹¹.

Die Aufklärungspflicht hätte also etwa nur bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen, etwa Schönheitsoperationen, haftungsrechtlich bedeutsam werden können¹²⁹². Entscheidungen aus diesem Bereich sind allerdings nicht bekannt¹²⁹³. Ansonsten kam eine Schadensersatzpflicht wegen unterlassener Aufklärung nur dann in Betracht, wenn es bezüglich der Aufklärungspflicht im speziellen Fall konkrete gesetzliche Festlegungen gab¹²⁹⁴. In der Regel konnte ein Unterlassen der Aufklärung somit nur disziplinarrechtliche oder arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen¹²⁹⁵. Ein Schadensersatzanspruch kam nur bei den übrigen Pflichtverletzungen in Betracht.

5) Haftungsumfang

Die Rechtsfolgen dieses Schadensersatzanspruchs waren in den §§ 336 bis 338 ZGB geregelt, wobei die §§ 336 und 337 allgemeine Regelungen trafen, der § 338 ZGB aber die Ersatzpflicht bei Gesundheitsschäden festlegte¹²⁹⁶. Der Ersatzanspruch bezog sich danach auf die für die Heilung erforderlichen Aufwendungen, das entgangene Arbeitsentgelt und sonstiges Einkommen¹²⁹⁷.

Die für die Haftung der Ärzte relevanten Bestimmungen lauteten:

„ § 336: Schaden ist der materielle Nachteil, der dem Geschädigten durch die Pflichtverletzung eines anderen entsteht. Hierzu zählen die Folgen von Gesundheitsschäden, (...) Aufwendungen zur Verringerung oder Beseitigung des Schadens sowie die dem Geschädigten entgangenen Einkünfte.

§ 337: (1) Durch den Schadensersatz ist der Geschädigte so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten. Schadensersatz ist in Geld zu leisten.

§ 338: (1) Bei Gesundheitsschäden umfasst die Ersatzpflicht die für die Heilung erforderlichen Aufwendungen, das entgangene oder noch entgehende Arbeitseinkommen oder eine sonstige entsprechende Einkommensminderung. Die Ersatzpflicht umfasst auch erhöhte Aufwendungen, die durch vorübergehende oder dauernde Behinderung des Geschädigten entstehen, und weitere Nachteile, die durch das schädigende Ereignis in Zusammenhang mit dem Gesundheitsschaden verursacht worden sind.

¹²⁸⁷ Macke, in: FS Steffen, S.289, 295, 296.

¹²⁸⁸ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434, 435; Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 140; Macke, in: FS Steffen, S.289, 295.

¹²⁸⁹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 295.

¹²⁹⁰ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.87.

¹²⁹¹ Könning, VersR 1990, S.238, 240.

¹²⁹² Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 141.

¹²⁹³ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 141; Macke, in: FS Steffen, S.289, 296.

¹²⁹⁴ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 141.

¹²⁹⁵ Könning, VersR 1990, S.238, 241.

¹²⁹⁶ Schmauss, VersR 1989, S.664, 665.

¹²⁹⁷ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

(2) Führt der Gesundheitsschaden zur ständigen Einkommensminderung oder zu dauernden erhöhten Aufwendungen, ist dem Geschädigten eine Geldrente zu zahlen (...).

(3) Kann der Geschädigte wegen des Gesundheitsschadens nur in beschränktem Umfang am gesellschaftlichen Leben teilnehmen, ist ihm ein angemessener Ausgleich zu zahlen, wenn durch den Gesundheitsschaden das Wohlbefinden des Geschädigten erheblich oder längere Zeit beeinträchtigt wird.¹²⁹⁸

In § 339 ZGB war die Ersatzpflicht für die Behandlungskosten, die Bestattung und die Unterhaltspflichten bei Tod des Patienten geregelt¹²⁹⁹.

Die Regelungen galten nach § 93 ZGB für vertragliche und außervertragliche Ansprüche gleichermaßen¹³⁰⁰. Der Anspruch auf angemessenen Ausgleich nach § 338 Absatz 3 entsprach von der Funktion her einem Schmerzensgeld, wurde aber nicht so bezeichnet¹³⁰¹. Der Geschädigte sollte nach der Rechtslehre der DDR die Möglichkeit erhalten, sich einen angemessenen Ausgleich am Lebensinhalt zu schaffen¹³⁰².

6) Beweislastverteilung

Sollten die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche gerichtlich durchgesetzt werden, so traf der Großteil der Beweislast die Gesundheitseinrichtung. Dies wurde aus § 334 ZGB abgeleitet, nach dem die Haftung auch des Betriebes dann ausscheiden konnte, „wenn er die Umstände, die zum Schaden geführt haben, trotz Ausnutzung aller ihm durch die sozialistischen Produktionsverhältnisse gegebenen Möglichkeiten nicht abwenden konnte.“¹³⁰³ Die prozessuale Bedeutung dieser Vorschrift lag darin, dass aus ihr die Darlegungslast des Betriebes für die schadensverursachenden Umstände hergeleitet wurde, so dass sich der Betrieb bezüglich der Pflichtverletzung entlasten musste.¹³⁰⁴ Er musste darlegen, dass er den Schaden nicht hatte verhindern können und die Anforderungen an diesen Entlastungsbeweis waren sehr hoch¹³⁰⁵. Hier spielte also, anders als beim Vorliegen einer Pflichtverletzung, auch das Verschulden der Gesundheitseinrichtung eine Rolle¹³⁰⁶, auch wenn es sich nicht um ein Verschulden im eigentlichen Sinn handelte, sondern nur um die Frage, ob die potentiellen Haftungsschuldner alles getan hatten, was von ihnen erwartet werden konnte¹³⁰⁷. Die Gesundheitseinrichtung sollte außerdem die Beweislast dafür tragen, dass auch ihre Erfüllungsgehilfen das notwendige und erfüllbare Maß an Sorgfalt gezeigt und damit alles ihrerseits Mögliche zur Verhinderung des Schadens beigetragen hatten¹³⁰⁸. Der Patient hatte die Pflichtverletzung, den Eintritt des Schadens und die Rechtswidrigkeit der Schadensherbeiführung zu beweisen¹³⁰⁹.

Diese Beweislastverteilung spielte aber im Arzthaftungsrecht nach der Einführung einer neuen Zivilprozessordnung 1976 nur noch eine sehr untergeordnete Rolle. Ab diesem Zeitpunkt galt im Zivilprozess nämlich nicht mehr die Verhandlungsmaxime und der streitige Sachverhalt musste vom Gericht aufgeklärt werden¹³¹⁰.

¹²⁹⁸ Schmauss, VersR 1989, S.664, 665.

¹²⁹⁹ Schmauss, VersR 1989, S.664, 666.

¹³⁰⁰ Macke, in: FS Steffen, S.289, 296.

¹³⁰¹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

¹³⁰² Macke, in: FS Steffen, S.289, 296.

¹³⁰³ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

¹³⁰⁴ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

¹³⁰⁵ Katzenmeier, Arzthaftung, S.231.

¹³⁰⁶ Könnig, VersR 1990, S.238, 242.

¹³⁰⁷ Macke, in: FS Steffen, S.289, 295.

¹³⁰⁸ Becker, NJ 1974, S.422, 424.

¹³⁰⁹ Könnig, VersR 1990, S.238, 243.

¹³¹⁰ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.203.

7) Finanzierung des Haftungsmodells

Aufgrund der Haftungsfreistellung der angestellten Ärzte brauchten diese keine Haftpflichtversicherung. Dagegen waren die Gesundheitsbetriebe wie alle staatlichen Organe und Einrichtungen aufgrund entsprechender Vorschriften aus dem Jahre 1969 automatisch haftpflichtversichert. Die Prämien für diese Versicherungen zahlten allerdings nicht die versicherten Betriebe selbst, sondern der Staat¹³¹¹.

C) Haftungsrechtliche Besonderheit (EMU)

I) Allgemeines

Eine Besonderheit des Haftungsrechts der DDR stellte die sogenannte „erweiterte materielle Unterstützung“ (EMU) nach zwei Anordnungen des Ministers für Gesundheitswesen dar, der „Anordnung über die Erweiterung der materiellen Unterstützung der Bürger bei Schäden infolge medizinischer Eingriffe“ vom 16. Dezember 1974 und der „Anordnung über eine erweiterte materielle Unterstützung für Bürger bei Gesundheitsschäden infolge medizinischer Maßnahmen“ vom 28. Januar 1987¹³¹². Es wurde deshalb von einer „erweiterten“ Unterstützung gesprochen, weil die staatliche Grundversorgung als Bezugsgröße diente¹³¹³.

Nach diesen Anordnungen sollte ein geschädigter Patient unter bestimmten Voraussetzungen auch dann Ersatzansprüche erhalten, wenn kein sorgfaltswidriges Verhalten der Gesundheitseinrichtung oder des behandelnden Arztes nachweisbar war¹³¹⁴. Dahinter stand der Gedanke, dass die Bürger nur dann im gesellschaftlichen Interesse zur Inanspruchnahme medizinischer Leistungen bereit wären, wenn die der Behandlung anhaftenden Risiken nicht einseitig zu Lasten des einzelnen gingen¹³¹⁵. Es handelte sich bei den Anordnungen um verwaltungsrechtliche Regelungen und nicht um zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen¹³¹⁶. Die auf dieser Grundlage erbrachten Ersatzleistungen hatten erhebliche praktische Bedeutung¹³¹⁷.

II) Voraussetzungen für den Ersatzanspruch

Voraussetzung für einen Ersatzanspruch auf dieser Grundlage war zum ersten, dass es sich um einen erheblichen Gesundheitsschaden handeln musste, der im ursächlichen Zusammenhang mit einer in der DDR durchgeführten Behandlung eingetreten war (§ 1 Absatz 1)¹³¹⁸. Zum zweiten musste die durch den Eingriff hervorgerufene, erhebliche Gesundheitsschädigung in einem krassen Missverhältnis zu dem Risiko stehen, das nach den Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft und denen der ärztlichen Praxis zum Zeitpunkt des Eingriffs zu erwarten war (§ 2 Nr.1)¹³¹⁹, oder die erhebliche Gesundheitsschädigung musste eine unvorhersehbare Folge der bestimmungsgemäßen Anwendung eines ärztlich verordneten Arzneimittels (§ 2 Nr.2) oder eines medizinischen Erzeugnisses sein (§ 2 Nr.3)¹³²⁰. Die „erhebliche Gesundheitsschädigung“ wurde in § 3 der Verordnungen definiert als „Körperschäden oder schwere Störung der Körperfunktionen, die eine wesentliche Änderung der bisherigen Arbeits- und Lebensbedingungen des Bürgers zur Folge ha-

¹³¹¹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

¹³¹² Katzenmeier, Arzthaftung, S.231.

¹³¹³ Macke, in: FS Steffen, S.289, 297.

¹³¹⁴ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

¹³¹⁵ Mück, NJW 1983, S.1364, 1365.

¹³¹⁶ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318.

¹³¹⁷ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318.

¹³¹⁸ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317, 318.

¹³¹⁹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318.

¹³²⁰ Katzenmeier, Arzthaftung, S.231.

ben¹³²¹. Eine solche Gesundheitsschädigung wurde in der Regel dann angenommen, wenn die Erwerbsfähigkeit des Betroffenen um mindestens 30 % herabgesetzt war¹³²². In § 4 war die Kausalitätsfeststellung geregelt. Somit diente die Unterstützung in erster Linie dem Ersatz der wirtschaftlichen Folgen¹³²³. Von der Regelung nicht erfasst waren die Fälle, in denen ein Gesundheitsschaden durch ein nicht ärztlich verordnetes Medikament hervorgerufen worden war oder in denen eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustands ohne medizinische Behandlung eingetreten war¹³²⁴.

III) Umfang der Ersatzleistungen

Die §§ 5 und 6 legten den Umfang der Unterstützung fest, die aus Hilfsmitteln, Kuren, finanziellen Beihilfen und einer schmerzensgeldähnlichen Zahlung bestehen konnten¹³²⁵. Die finanziellen Beihilfen der staatlichen Versicherung wurde gezahlt, wenn eine Gesundheitsschädigung im Sinne des § 1 vorlag, und diese entweder zu einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 13 Wochen führte oder den Bürger in seinem Wohlbefinden erheblich oder für längere Zeit beeinträchtigt hatte (§ 5 Absatz 1 lit.b)¹³²⁶. Die Höhe der Beihilfe zum Ausgleich der verschlechterten Lebens- und Arbeitsbedingungen lag bei 90% des durchschnittlichen Nettoverdiensts bis zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit, jedoch maximal für die Zeitspanne von 78 Wochen, danach in analoger Anwendung der Regelungen über die sozialversicherungsrechtliche Unfallrente (§ 6 Absatz 1 lit.a und b)¹³²⁷. Es konnten auch Beträge an Pflegepersonen in Betracht kommen (§ 6 Absatz 1 lit.c)¹³²⁸. Im Falle der Beeinträchtigung der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben oder erheblicher oder länger dauernder Beeinträchtigung des Wohlbefindens bestand die Beihilfe in einer einmaligen Zahlung (§ 6 Absatz 1 lit.d)¹³²⁹. War der Tod des Patienten eingetreten, so erfolgte unter den übrigen Voraussetzungen eine einmalige Zahlung an die Unterhaltsberechtigten in Höhe eines Jahresbruttoverdienstes (§ 6 Absatz 1 lit.e)¹³³⁰ oder eine einmalige Zahlung von 2000 Mark an Familienangehörige ohne Unterhaltsberechtigung, ebenso beim Tod eines Kindes oder Jugendlichen (§ 6 Absatz 1 lit.f)¹³³¹.

IV) Subsidiarität

Nach § 7 waren die Regelungen der EMU jedoch subsidiär, falls ein anderweitiger Schadensersatzanspruch, etwa nach dem ZGB, bestehen sollte¹³³². Diese Form des Ausgleichs trat nach der Konzeption des Gesetzgebers somit neben die Arzthaftung, verdrängte sie jedoch rechtlich nicht¹³³³.

D) Abwicklung der Schadensersatz- und sonstigen Ersatzansprüche

Es fanden in der DDR über die zivilrechtlichen Ansprüche nur sehr selten Verfahren vor den staatlichen Gerichten statt. Der Großteil der Ansprüche wegen Behand-

¹³²¹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.231.

¹³²² Katzenmeier, Arzthaftung, S.232.

¹³²³ Katzenmeier, Arzthaftung, S.232.

¹³²⁴ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.198.

¹³²⁵ Katzenmeier, Arzthaftung, S.232.

¹³²⁶ Macke, in: FS Steffen, S.289, 298.

¹³²⁷ Macke, in: FS Steffen, S.289, 298.

¹³²⁸ Macke, in: FS Steffen, S.289, 298.

¹³²⁹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 298.

¹³³⁰ Macke, in: FS Steffen, S.289, 298.

¹³³¹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 299.

¹³³² Katzenmeier, Arzthaftung, S.232.

¹³³³ Katzenmeier, Arzthaftung, S.229.

lungsfehlern oder aus der erweiterten materiellen Unterstützung wurde durch das staatliche ärztliche Begutachtungswesen reguliert.

Dieses bestand aus den Kreis- und Bezirksstellen für ärztliches Begutachtungswesen und aus der dem Gesundheitsministerium unterstellten Zentralstelle für ärztliches Begutachtungswesen. Rechtsgrundlage hierfür waren eine Richtlinie aus dem Jahr 1976 und die Anordnungen über die erweiterte materielle Unterstützung¹³³⁴. Das Verfahren vor diesen Stellen, das für zivilrechtliche Ansprüche und Ansprüche aus der erweiterten materiellen Unterstützung gleich war¹³³⁵, lief folgendermaßen ab:

Der Patient musste im Falle eines Schadens seinen Anspruch bei der behandelnden Gesundheitseinrichtung melden, deren Leiter daraufhin den Kreisarzt über den Fall in Kenntnis setzte¹³³⁶. Daneben bestand auch eine eigene Pflicht des Leiters der Gesundheitseinrichtung, den Kreisarzt zu unterrichten, falls ein möglicherweise Haftungsansprüche auslösender Schadensfall bekannt wurde¹³³⁷. Der Kreisarzt beauftragte dann den Kreisgutachter, die erforderlichen Unterlagen zu sammeln und an den Bezirksgutachter zu senden. Auf dessen Veranlassung wurde dann durch die Bezirksgutachterkommission der Fall in medizinischer und de facto auch in rechtlicher Hinsicht geprüft¹³³⁸. Sollte das Ergebnis dieser Prüfung eine Pflichtverletzung gewesen sein, wurde die Schadensmeldung zur Regulierung an die staatliche Versicherung weitergeleitet¹³³⁹. Die Entscheidungszuständigkeit lag bei der Versicherung, die sich in Bezug auf das Bestehen des Anspruchs aber fast immer am Ergebnis der Gutachterkommission orientierte und selbst nur noch über den Umfang der Leistung entschied¹³⁴⁰. Sie teilte auch das Ergebnis dem Bürger mit¹³⁴¹. Konnte die Bezirksgutachterkommission keine Sorgfaltspflichtverletzung ermitteln, leitete sie den Fall an die Zentralstelle für ärztliches Begutachtungswesen weiter, die ihn gegebenenfalls an die Versicherung sandte¹³⁴².

Die Entscheidungen der Gutachterkommissionen wurden von den Betroffenen aufgrund ihres hohen Ansehens meist angenommen¹³⁴³. Die Bürger konnten aber gegen die Entscheidung der Bezirksgutachterkommission oder der Versicherung auch Beschwerde einlegen. Die Entscheidungskompetenz bezüglich medizinischer Fragen lag dann bei der Zentralstelle für ärztliches Begutachtungswesen und bezüglich Entschädigungsfragen bei den übergeordneten Organen der Versicherung. Im Falle eines zivilrechtlichen Anspruchs, nicht aber nach Erhalt eines negativen EMU-Bescheids, konnte der Patient gegen diese Entscheidungen auch Klage zum Kreisgericht erheben¹³⁴⁴.

¹³³⁴ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318.

¹³³⁵ Katzenmeier, Arzthaftung, S.232.

¹³³⁶ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Katzenmeier, Arzthaftung, S.232; Macke, in: FS Steffen, S.289, 293.

¹³³⁷ Mück, NJW 1983, S.1364, 1365.

¹³³⁸ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Katzenmeier, Arzthaftung, S.232; Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹³³⁹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Katzenmeier, Arzthaftung, S.232; Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹³⁴⁰ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Katzenmeier, Arzthaftung, S.233; Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹³⁴¹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Katzenmeier, Arzthaftung, S.233; Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹³⁴² Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Katzenmeier, Arzthaftung, S.233; Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹³⁴³ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318; Macke, in: FS Steffen, S.289, 294.

¹³⁴⁴ Katzenmeier, Arzthaftung, S.233.

E) Rechtslage nach der Wiedervereinigung

Nach den Regelungen im Einigungsvertrag sollten Behandlungsschäden aus der Zeit vor dem 3. Oktober 1990 zivilrechtlich nach dem ZGB abgewickelt werden (Art. 232 EGBGB, §§ 1 und 10). Die erweiterte materielle Unterstützung sollte für „alte“ Behandlungsschäden ebenfalls weiterhin anwendbar bleiben. Sie erhielt aber 1994 eine bundesgesetzliche Grundlage durch das Unterstützungsabschlussgesetz, das für Neuansprüche auf Unterstützung für Altbehandlungsschäden eine Frist zum 19. Mai 1995 setzte¹³⁴⁵.

F) Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Behandlungsfehler

I) Strafrechtliche Verantwortlichkeit vor 1968

Bis zum Inkrafttreten eines neuen Strafgesetzbuches für die DDR im Jahre 1968 richtete sich die strafrechtliche Beurteilung der ärztlichen Behandlungsfehler nach den strafrechtlichen Bestimmungen aus der Zeit vor 1945¹³⁴⁶.

Hervorzuheben ist dabei aber, dass sich in der DDR bereits gegen Ende der fünfziger Jahre die Ansicht durchsetzte, dass ärztliche Heileingriffe tatbestandlich keine Körperverletzung darstellten¹³⁴⁷. Die Tatbestandlichkeit sollte deshalb ausscheiden, weil die sozialistische Strafrechtswissenschaft einen neuen materiellen Verbrechensbegriff vertrat. Nach diesem sollte eine Handlung nur dann als Verbrechen angesehen werden können, wenn sie für die Gesellschaft gefährlich, in moralisch-politischer Hinsicht verwerflich, strafrechtswidrig und strafbar war¹³⁴⁸. Unter einem ärztlichen Heileingriff wurde aber eine Maßnahme verstanden, die medizinisch indiziert war, den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführt und subjektiv mit dem Zweck verfolgt wurde, eine Heilung herbei zu führen¹³⁴⁹. Die Subsumtion der ärztlichen Heilbehandlung unter den Tatbestand der Körperverletzung sollte demnach deshalb ausscheiden, weil der ärztliche Eingriff zum Nutzen für die Gesellschaft erfolge. Sie beseitige nämlich entweder allgemeine Gefahren durch die Bekämpfung ansteckender Krankheiten oder sie wirke individuellen Gefahren entgegen, wie etwa Arbeitsunfähigkeit oder Invalidität, die ebenfalls von Bedeutung für die Gesellschaft seien. Auch in subjektiver Hinsicht liege beim Heileingriff keine Verletzungsabsicht vor, sondern der Wille, zu heilen. Deshalb sollten sowohl der erfolgreiche als auch der erfolglose kunstgerechte Eingriff von der Strafbarkeit ausgenommen werden¹³⁵⁰. Aber auch die Fälle eines ärztlichen Kunstfehlers sollten wegen des Verstoßes gegen die ärztliche Kunst nur dann strafbar sein, wenn ein schuldhaftes, also vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln vorlag¹³⁵¹. Strafbarkeit wurde dagegen stets für kosmetische, medizinisch nicht indizierte Schönheitsoperationen angenommen¹³⁵², zudem für alle anderen Maßnahmen, die den oben genannten Kriterien nicht entsprachen¹³⁵³.

Im Strafrecht spielten mit Ablehnung der Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Heileingriffe auch die Aufklärung und die Einwilligung zunehmend eine untergeordnete Rolle. Der medizinische Eingriff war nach der in der DDR vertretenen Auffassung ja nach Wesen und Zielsetzung rechtmäßig. Deshalb konnte auch eine fehlende Auf-

¹³⁴⁵ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318.

¹³⁴⁶ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.185.

¹³⁴⁷ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.185.

¹³⁴⁸ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.57.

¹³⁴⁹ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.99; Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.186.

¹³⁵⁰ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.59.

¹³⁵¹ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.60.

¹³⁵² Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.63.

¹³⁵³ Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht, S.58.

klärung niemals strafrechtliche Sanktionen hervorrufen¹³⁵⁴. Ausnahmen hiervon wurden, wie im Zivilrecht, nur dann angenommen, wenn der Eingriff entweder nicht zu Heilzwecken erfolgte oder die Aufklärung zwingend gesetzlich vorgeschrieben war¹³⁵⁵.

Somit unterschied sich die strafrechtliche Haftung der Ärzte schon unter der Fortgeltung der alten Rechtslage ganz erheblich von der Behandlungsfehlerhaftung im westlichen Teil Deutschlands.

II) Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach 1968

Im Strafgesetzbuch der DDR von 1968 wurde kein spezieller Tatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung eingeführt¹³⁵⁶, so dass auch hier weiterhin die allgemeinen Vorschriften für die strafrechtliche Verantwortung der Ärzte maßgeblich blieben.

Als Straftatbestände im Falle eines ärztlichen Behandlungsfehlers kamen deshalb mit den oben genannten Einschränkungen vor allem die fahrlässige Tötung (§ 114 StGB) und die fahrlässige Körperverletzung (§ 118 StGB) in Betracht¹³⁵⁷.

Allgemein lag nach § 5 Absatz 1 StGB dann eine schuldhafte Tat vor, „wenn der Täter trotz der ihm gegebenen Möglichkeit zu gesellschaftsgemäßigem Verhalten durch verantwortungsloses Handeln den gesetzlichen Tatbestand eines Vergehens oder Verbrechens verwirklicht“¹³⁵⁸. Die übrigen Grundsätze zur strafrechtlichen Schuld waren in den Absätzen zwei und drei geregelt: „(2) Bei der Feststellung der Art und Schwere der Schuld sind alle objektiven und subjektiven Umstände sowie die Ursachen und Bedingungen der Tat zu berücksichtigen, die den Täter zum verantwortungslosen Handeln bestimmt haben. (3) Strafrechtliche Verantwortlichkeit für fahrlässiges Handeln tritt nur ein, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist.“¹³⁵⁹ Den Vorsatz regelte § 6 StGB: „(1) Vorsätzlich handelt, wer sich zu der im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten Tat bewusst entscheidet. (2) Vorsätzlich handelt auch, wer zwar die Verwirklichung der im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten Tat nicht anstrebt, sich jedoch bei seiner Entscheidung zum Handeln bewusst damit abfindet, dass er diese Tat verwirklichen könnte.“¹³⁶⁰ Die Fahrlässigkeit war in den §§ 7 und 8 geregelt. Eine solche war anzunehmen, wenn eine Rechtspflichtverletzung kausal und schuldhaft bestimmte Folgen herbeigeführt hatte¹³⁶¹. Nach § 7 StGB handelte fahrlässig, „wer voraussieht, dass er die im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten Folgen verursachen könnte und diese ungewollt herbeiführt, weil er bei seiner Entscheidung zum Handeln leichtfertig darauf vertraut, dass diese Folgen nicht eintreten werden“¹³⁶². § 8 StGB lautete: „(1) Fahrlässig handelt auch, wer sich in bewusster Verletzung seiner Pflichten zum Handeln entscheidet und dadurch die im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten Folgen herbeigeführt, ohne diese voraussehen, obwohl er sie bei verantwortungsbewusster Prüfung der Sachlage hätte voraussehen und bei pflichtgemäßem Verhalten vermeiden können. (2) Fahrlässig handelt auch, wer sich zur Zeit der Tat der Pflichtverletzung nicht bewusst ist, weil er infolge verantwortungsloser Gleichgültigkeit sich seine Pflichten nicht bewusst gemacht oder weil er sich auf Grund einer disziplinlosen Einstellung an das pflicht-

¹³⁵⁴ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.88.

¹³⁵⁵ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.89.

¹³⁵⁶ Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis, S.195.

¹³⁵⁷ Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 552; Thesen des 5.Strafsenats, NJ 1972, S.445, 445.

¹³⁵⁸ Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 552.

¹³⁵⁹ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.94.

¹³⁶⁰ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.94.

¹³⁶¹ Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 552.

¹³⁶² Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.95.

widrige Verhalten gewöhnt hat und dadurch die im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten, bei pflichtgemäßem Verhalten voraussehbaren und vermeidbaren schädlichen Folgen herbeiführt.“¹³⁶³. Auch die Pflichten, deren Verletzung die Fahrlässigkeit begründete, waren im Strafgesetzbuch festgelegt. Rechtspflichten in diesem Sinne waren nach § 9 nämlich solche Pflichten, „die dem Verantwortlichen zum Zeitpunkt der Tat kraft Gesetzes, Berufs, Tätigkeit oder seiner Beziehungen zum Geschädigten zur Vermeidung schädlicher Folgen oder Gefahren obliegen oder die ihm daraus erwachsen, dass er durch sein Verhalten für andere Personen oder für die Gesellschaft besondere Gefahren heraufbeschwört“¹³⁶⁴. Ein ärztlicher Behandlungsfehler oder „Kunstfehler“, der als Abweichen von der dem neuesten Stand der Wissenschaft entsprechenden gesellschaftlichen Norm definiert wurde, ohne dass eine Verletzung der ärztlichen Pflichten vorliegen musste, konnte nur unter den strengerem Voraussetzungen der Rechtspflichtverletzung strafbar sein. Deshalb kam, wie bereits erwähnt, dem Begriff des Kunstfehlers keine eigene Bedeutung zu¹³⁶⁵. Voraussetzung für die Strafbarkeit war außerdem die Kausalität zwischen Handlung und Erfolg¹³⁶⁶.

Nach dem Strafrecht der DDR war die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes wegen einer Verletzung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht ausgeschlossen¹³⁶⁷.

G) Häufigkeit von Behandlungsfehlerverfahren

I) Zivilrechtliche und sonstige Ausgleichsverfahren

Die Zahl der wegen Behandlungsfehlern geführten Gerichtsverfahren blieb ausweislich der wenigen veröffentlichten Arzthaftungsentscheidungen gering. Grund hierfür dürfte zum ersten die grundsätzliche Zurückhaltung gewesen sein, mit der die Bürger der DDR ihre Rechte wahrnahmen, und die sich in der allgemein geringen Prozessdichte widerspiegelte¹³⁶⁸. Zum zweiten hatten die klagenden Patienten aufgrund der oben dargestellten Haftungsverteilung ihre Klagen gegen die Gesundheitseinrichtungen, also Einrichtungen des Staates zu richten, was die Bereitschaft zur gerichtlichen Auseinandersetzung wohl erheblich gesenkt haben dürfte¹³⁶⁹. Der dritte Grund für die geringe Zahl an Gerichtsverfahren war das dargestellte System der Arzthaftung in der DDR selbst, in dem die Mehrzahl der ärztlichen Haftungsfälle außergerichtlich erledigt wurde¹³⁷⁰. Da die Ergebnisse der Begutachtungsverfahren von der Bevölkerung im Wesentlichen akzeptiert wurden, waren nämlich zivilgerichtliche Verfahren im Anschluss daran die Ausnahme¹³⁷¹. Auch seien nach der Angabe zeitgenössischer DDR-Autoren ärztliche Pflichtverletzungen und dadurch schuldhaft verursachte negative Folgen „Ausnahmeerscheinungen“ gewesen¹³⁷².

Gegen Ende des Bestehens der DDR wurden im Jahr etwa 600 bis 800 Schadenersatzanträge und ungefähr 500 bis 600 Anträge auf Gewährung einer erweiterten Unterstützung gestellt, wovon jeweils kapp 50 % erfolgreich waren¹³⁷³. Dabei kam

¹³⁶³ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.95.

¹³⁶⁴ Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 552.

¹³⁶⁵ Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 553.

¹³⁶⁶ Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln, S.97.

¹³⁶⁷ Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139, 141.

¹³⁶⁸ Franzki, MedR 1994, S.171, 172.

¹³⁶⁹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 293.

¹³⁷⁰ Franzki, MedR 1994, S.171, 172; Hänlein, ArztR 2001, S.315, 318.

¹³⁷¹ Katzenmeier, Arzthaftung, S.233.

¹³⁷² Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 552.

¹³⁷³ Katzenmeier, Arzthaftung, S.233; Schmauss, VersR 1989, S.664, 668.

es in den letzten Jahren des Bestehens der DDR zu keinem Anstieg der Verfahren¹³⁷⁴. Genauere Statistiken fehlen offensichtlich.

II) Strafverfahren

Strafverfahren gegen Ärzte gab es in der DDR ebenfalls nur wenige¹³⁷⁵. Eine Auswertung der Rechtsprechung der Jahre 1966 und 1967 hat ergeben, dass die Strafverfahren gegen Ärzte durchweg wegen fahrlässiger Tötung, nicht aber wegen Körperverletzung geführt worden waren. Dabei waren gegen keinen der Täter Freiheitsstrafen verhängt worden. Dies wurde mit der Persönlichkeit der Täter, ihrem gesellschaftlichen Verhalten, der Erst- und Einmaligkeit ihrer strafrechtlichen Verfehlung bei sonst tadellosem Verhalten und den Umständen der Taten begründet¹³⁷⁶. Auch hier existieren offenbar keine aussagekräftigeren Statistiken.

H) Zusammenfassung und Bewertung

Nach alldem nahm das Arzthaftungsrecht in der ehemaligen DDR aufgrund der sich vollkommen wandelnden gesellschaftlichen und ordnungspolitischen Rahmenbedingungen eine ganz andere Entwicklung als vor dem Zweiten Weltkrieg. Die wichtigsten Unterschiede lagen in der Frage der persönlichen Haftung der Ärzte, in der Verteilung der Beweislast, in den Rechtsfolgen bei unterlassener Aufklärung, im Verfahren zur Schadensabwicklung und in der Frage, ob in bestimmten Fällen eine fehler- und verschuldensunabhängige Ersatzhaftung greifen sollte.

I) Vorteile des Heilbehandlungsfolgenrechts des DDR

Dieses besondere Heilbehandlungsfolgenrecht der DDR wurde von weiten Teilen der Bevölkerung als zufriedenstellend beurteilt, weil es als den Belangen der Bevölkerung weitgehend gerecht werdend angesehen wurde¹³⁷⁷. Vorteilhaft war die Einheitlichkeit des Schadensfolgenrechts, die durch die Gleichstellung von vertraglicher und deliktischer Haftung im ZGB erreicht wurde¹³⁷⁸. Besondere Bedeutung kam auch den Bezirksgutachterkommissionen zu, die durch ihre Arbeit die Gerichte wesentlich entlasteten, indem sie durch sachverständige Beurteilung zu einer Beruhigung und Versachlichung des Konflikts und damit zu sachgerechten und von beiden Seiten akzeptierten Lösungen kamen¹³⁷⁹. Schließlich führten auch die Regelungen über die erweiterten Ersatzansprüche grundsätzlich in vielen Fällen zu einem interessengerechteren Ausgleich als das Alles- oder- Nichts- Prinzip des fehler- und verschuldensabhängigen Arzthaftungsrechts¹³⁸⁰. Auch die weitestgehende Haftungsfreistellung der Ärzte wurde deshalb als vorteilhaft gesehen, weil sie dadurch weniger psychischem Druck ausgesetzt sein sollten als bei ständig drohenden Schadensersatzforderungen¹³⁸¹. Zudem dürfte die weitestgehende Freiheit von persönlicher Haftung die Ärzte dazu veranlasst haben, bei der Aufklärung der den Behandlungsfehlern zugrunde liegenden Sachverhalte mitzuwirken.

¹³⁷⁴ Schmauss, VersR 1989, S.664, 667.

¹³⁷⁵ Roehl/ Wittenbeck, NJ 1972, S.444, 444.

¹³⁷⁶ Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552, 552.

¹³⁷⁷ Macke, in: FS Steffen, S.289, 300.

¹³⁷⁸ Macke, in: FS Steffen, S.289, 301.

¹³⁷⁹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 301.

¹³⁸⁰ Macke, in: FS Steffen, S.289, 302.

¹³⁸¹ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 317.

II) Nachteile des Heilbehandlungsfolgenrechts der DDR

Diesen Vorteilen standen aber jeweils auch nicht von der Hand zu weisende Nachteile gegenüber, so dass man insgesamt nicht von einem ausschließlich verbesserten Interessenausgleich zwischen Ärzten und Patienten sprechen kann. Trotz der auf den ersten Blick besonders positiv erscheinenden Regelungen in der DDR, die sowohl den Ärzten als auch den Patienten große Vorteile brachten, wies das Haftungsmodell nämlich aufgrund seiner Systemverhaftetheit auch deutliche Mängel auf¹³⁸².

So war die verschuldensunabhängige, erweiterte materielle Unterstützung nicht so positiv wie es auf den ersten Blick schien. Die Umsetzung des großzügig erscheinenden Systems war nur auf niedrigem materiellen Niveau möglich¹³⁸³. Auch unterstand das gesamte Regulierungssystem dem vollkommenen Einfluss des Staates und die dabei getroffenen Entscheidungen wurden nur selten noch einmal von gerichtlicher Seite überprüft, sei es, weil diese Möglichkeit gar nicht bestand, sei es, weil man die staatliche Autorität nicht in Frage stellen wollte¹³⁸⁴. Damit erhielten die Patienten zwar unter Umständen auch bei fehlender Feststellbarkeit eines Fehlers oder Verschuldens einen Ausgleichsanspruch. Dieser war aber subsidiär, der Höhe nach sehr deutlich beschränkt und nicht vor einem staatlichen Gericht durchsetzbar. Die verschuldensunabhängige Haftung stand zudem in stärkstem Widerspruch zum ärztlichen Selbstverständnis¹³⁸⁵.

Ein weiterer Nachteil des Haftungsmodells der DDR war der, dass den Patienten durch den weitestgehenden Ausschluss der Ärzte von der Haftung eine vorher bestehende Zugriffsmöglichkeit genommen wurde. Nach dem BGB hatten sie die Möglichkeit gehabt, neben dem Krankenhaus auch den Arzt selbst in Anspruch zu nehmen. Wirtschaftlich waren diese beiden Ansprüche von Bedeutung, da auch die Ärzte durch den Abschluss entsprechender Haftpflichtversicherungen leistungsfähige Schuldner waren. Diese Zugriffsmöglichkeit, die von anderen Haftungs Voraussetzungen abhängig war als die Haftung des Geschäftsherrn, war den Patienten in der DDR genommen. Zudem fehlte auch der dem Schutz der Patienten dienende Druck möglicher Sanktionen bei der täglichen Arbeit der Mitarbeiter der Gesundheitseinrichtungen.

Des Weiteren hatten die Patienten zwar zunächst durch die Beweislastverteilung eine vorteilhafte Position bei der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche. Da es realiter aber selten zu gerichtlichen Arzthaftungsverfahren kam und schließlich mit der Einführung der neuen Zivilprozessordnung die Beweislastverteilung unwichtig wurde, konnte dieser Vorteil die übrigen Nachteile nicht aufwiegen.

Im Übrigen hatten sich in der DDR sowohl in der Literatur als auch in Gesetzgebung und Rechtsprechung die ideologischen Ansätze des Sozialismus voll durchsetzen können. Den für die betroffenen Patienten scheinbar positiven Regelungen lag damit ein Menschenbild zugrunde, das den einzelnen hinter dem Kollektiv zurücktreten ließ und nur solange Begünstigungen für den einzelnen forderte, als sie der Gesamtheit in irgendeiner Weise nutzen konnten. So kann die Auffassung, der einzelne müsse seine Gesundheit alleine im Interesse der Allgemeinheit erhalten, mit der heute herrschenden rechtsstaatlichen Vorstellung vom einzelnen als autonome, achtenswerte Persönlichkeit schwer in Einklang gebracht werden. Auch die Entwicklung vom Dienstvertrag hin zum Arztvertrag und schließlich zum medizinischen Betreuungsverhältnis war nur Ausdruck der sozialistischen Ideologie, nach der die Allgemeinheit Fürsorge für den einzelnen tragen musste, der im Kollektiv aufging.

¹³⁸² Macke, in: FS Steffen, S.289, 299.

¹³⁸³ Macke, in: FS Steffen, S.289, 299.

¹³⁸⁴ Macke, in: FS Steffen, S.289, 299.

¹³⁸⁵ Macke, in: FS Steffen, S.289, 300.

Mit diesem Rechtsinstitut trat das kollektive Gesamtrechtsverhältnis an die Stelle der Privatautonomie. Auch die zunächst als Fürsorge des Staates erscheinende EMU hatte den erklärten Sinn, die Bereitschaft des einzelnen zu steigern, im Interesse der Gesamtheit medizinische Behandlungen auf sich zu nehmen. Überdies sprach aus der haftungsrechtlichen Wertung der Aufklärung die nicht haltbare Überzeugung des kollektivistischen Staates, dass dem einzelnen nicht die Verantwortung für sich selbst überlassen sein könne¹³⁸⁶. Dass diese in jeder Hinsicht auf das Kollektiv ausgerichtete Rechtseinstellung aus dem demokratischen und rechtsstaatlichen Blickwinkel keinen Beifall finden kann, ist offensichtlich. Die ohnehin nur auf den ersten Blick für die Patienten günstigen Rechtsauffassungen und Regelungen wurden somit weiter relativiert.

Die Entwicklung des Arzthaftungsrechts in der DDR bevorzugte somit die Ärzte, die keinerlei zivil- und nur sehr selten strafrechtliche Sanktionen oder nur geringe Regressforderungen fürchten mussten, während auf Seiten der Patienten nur scheinbare Begünstigungen zu verzeichnen waren. Außerdem betonten die hinter dem Ausgleichssystem stehenden Wertungen zu sehr das Kollektiv gegenüber dem einzelnen Patienten. Insgesamt konnte also nicht von einem ausgewogenen Haftungssystem gesprochen werden.

Teil V: Entwicklung des Arzthaftungsrechts seit 1950

A) Arzthaftungsrecht in den 50er und 60er Jahren

I) Rechtliche Grundlagen- Reform des StGB

1) Hintergrund der Reform

Das Arzthaftungsrecht im westlichen Teil Deutschlands nahm eine ganz andere Entwicklung als in der DDR. Die einzige Gemeinsamkeit bestand darin, dass auch hier keine Regelung der zivilrechtlichen Behandlungsfehlerhaftung erfolgte.

In Bezug auf die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung war man sich aber anders als im Osten Deutschlands zumindest in der Literatur weiterhin nicht darüber einig, ob sie tatbestandlich eine strafbare Körperverletzung darstellen könne oder nicht¹³⁸⁷. Auch herrschte Streit darüber, wie ein kunstgerechter Eingriff ohne Einwilligung des Patienten strafrechtlich zu erfassen wäre¹³⁸⁸. Diese Fragen sollten deshalb durch eindeutige Regelungen im Strafgesetzbuch entschieden werden¹³⁸⁹. Zudem traten zunehmend Fragen nach Umfang und Grenzen der Aufklärungspflicht in den Vordergrund, so etwa auf dem Deutschen Juristentag 1962, der sich der Fragestellung widmete „Empfiehl es sich, dass der Gesetzgeber die Fragen der ärztliche Aufklärungspflicht regelt?“¹³⁹⁰.

Vor diesem Hintergrund wurden in den Jahren 1960 und 1962 Gesetzesentwürfe zur strafrechtlichen Erfassung der mit der ärztlichen Heilbehandlung verbundenen Fragestellungen vorgelegt.

¹³⁸⁶ Macke, in: FS Steffen, S.289, 300.

¹³⁸⁷ Kohlhaas, DMW 1962, S.2593, 2593; Schröder, NJW 1961, S.951, 951.

¹³⁸⁸ Schröder, NJW 1961, S.951, 951.

¹³⁸⁹ Schröder, NJW 1961, S.951, 953.

¹³⁹⁰ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 319.

2) Entwürfe von 1960 und 1962

Die Entwürfe eines Strafgesetzbuches, die die Bundesregierung vorlegte, enthielten beide in § 161 eine Regelung über die Heilbehandlung und in § 162 eine Bestimmung über die eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken. Dabei waren diese Regelungen nicht mehr wie in den vorausgehenden Entwürfen auf die Abschnitte über Körperverletzungs- und Freiheitsdelikte verteilt, sondern sie waren in einem eigenen Titel über „ärztliche Eingriffe und Heilbehandlung“ mit Bestimmungen über die Unterbrechung der Schwangerschaft zusammengefasst¹³⁹¹.

a) Entwurf 1960

aa) Inhalt

Der Wortlaut der Normen im Entwurf von 1960 lautete:

„ § 161: Heilbehandlung:

Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zwecke erforderlich sind und vorgenommen werden, Krankheiten oder Leiden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar.“¹³⁹² und

„ § 162: Eigenmächtige Heilbehandlung

(1) Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung zu dem Zwecke vornimmt, Krankheiten oder Leiden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Straftaft bestraft.

(2) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn damit zu rechnen ist, dass der andere die Einwilligung erteilen würde, diese aber nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der ihn in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs.2) bringen würde.

(3) Nimmt der Täter die Voraussetzungen des Absatzes 2 irrig an, und ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so wird er mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Straftaft bestraft.

(4) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.“¹³⁹³

Nach dem Wortlaut war also für die Ausgrenzung der ärztlichen Heilbehandlung aus dem Bereich der Körperverletzung das Vorliegen der Einwilligung des Patienten unbeachtlich und dieser Gesichtspunkt sollte nur im Rahmen des § 162 über die eigenmächtigen Heilbehandlungen eine Rolle spielen¹³⁹⁴. Zwar war aus § 161, der lediglich von Straflosigkeit spricht, nicht ersichtlich, ob schon die Tatbestandsmäßigkeit ausscheiden oder eine besondere Rechtfertigung eingreifen sollte. Im Ergebnis war aber das ärztliche Handeln von der Verbindung zur Körperverletzung und den damit einhergehenden Assoziationen befreit¹³⁹⁵. Die Begründung wollte die Entscheidung dieser dogmatischen Streitfrage der Beantwortung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, da nur das praktische Ergebnis entscheidend sei¹³⁹⁶. Vom Begriff der Heilbehandlung im Sinne des § 161 und damit von der Privilegierung nicht umfasst sein sollten kosmetische Operationen, Sterilisationen, Kastrationen und experimentelle Eingriffe. Andererseits brauchte keine Krankheit im

¹³⁹¹ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.47.

¹³⁹² Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.145.

¹³⁹³ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.158.

¹³⁹⁴ Schröder, NJW 1961, S.951, 953.

¹³⁹⁵ Schröder, NJW 1961, S.951, 953.

¹³⁹⁶ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.48, 49.

medizinischen Sinne vorzuliegen, sondern es waren auch weniger gravierende Übel wie etwa körperliche Missbildungen erfasst¹³⁹⁷.

Eine Regelung über die ärztliche Aufklärungspflicht wurde in der Großen Strafrechtskommission zwar diskutiert, letztlich aber nicht in den Entwurf aufgenommen¹³⁹⁸. Der zuständige Sachbearbeiter hatte folgenden Vorschlag vorgelegt: „(1) Eine nach den Vorschriften dieses Titels erforderliche Einwilligung ist nur wirksam, wenn ihr eine angemessene Aufklärung über den Befund sowie über Art und Tragweite des Eingriffs oder der Behandlung vorausgegangen ist. Die Aufklärung kann unterbleiben, soweit von ihr ein schwerer Gesundheitsschaden für den Betroffenen zu befürchten ist. (2) Ist der Betroffene unfähig, wirksam einzuwilligen, so bedarf es der Einwilligung dessen, dem die Sorge für die Person des Betroffenen zusteht, oder des Pflegers.“¹³⁹⁹. Dieser Vorschlag wurde vom Großteil der Kommission aber abgelehnt, da sich die „Angemessenheit der Aufklärung“ nicht eindeutig gesetzlich regeln lasse. Damit wäre die vorgeschlagene Regelung nicht praktisch handhabbar und deshalb überflüssig¹⁴⁰⁰.

bb) Reaktionen

Diese Regelungen, die damit auf den ersten Blick die anstehenden Fragen zumindest in Bezug auf die Tatbestandsmäßigkeit ärztlichen Handelns und die eigenmächtige Heilbehandlung zu lösen schienen, erfuhren in der Literatur deutliche Kritik.

Es wurde angeführt, § 161 könne seiner Funktion, das ärztliche Handeln vom Beigeschmack der Körperverletzung zu entheben, nicht vollständig gerecht werden¹⁴⁰¹. Dies deshalb, weil § 161 die Straflosigkeit nicht nur vom Einhalten der Erkenntnisse und Erfahrungen der Heilkunde, sondern auch von der Behandlung nach den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes abhängig mache¹⁴⁰². Damit habe der Entwurf das Ziel verfolgt, eine Bestrafung wegen Körperverletzung auch in Fällen zu ermöglichen, in denen sich ein gewissenhafter Arzt nicht über den Willen seines Patienten hinwegsetzen dürfe¹⁴⁰³, vor allem etwa bei Risikobehandlungen, die die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung mit sich brächten¹⁴⁰⁴. Somit sollte in gewissen Fällen eine eigenmächtige Heilbehandlung auch als Körperverletzung und nicht nur nach § 162 strafbar sein¹⁴⁰⁵. Zwar sei das aus dem Wortlaut nicht ersichtlich, man habe aber sowohl bei den Beratungen in der Kommission als auch in der Begründung das Handeln mit Einwilligung des Patienten als Teil der ärztlichen Ethik verstanden¹⁴⁰⁶. Diese Auffassung führe aber zu dem Schluss, dass es Fälle gebe, in denen ein gewissenhafter Arzt die Einwilligung seines Patienten nicht benötige. Wollte man dieser ablehnungswürdigen Ansicht folgen, sei es aber nicht erklärbar und widersprüchlich, dass dieser gewissenhafte Arzt dann nach § 162 bestraft werde¹⁴⁰⁷. Zudem stehe der Entwurf im Widerspruch zu allen vorherigen Entwürfen, die nicht den Maßstab des gewissenhaften Arztes anlegte, sondern allein bei Einhalten der Regeln der ärztlichen Heilkunde den Körperverletzungstatbestand als nicht einschlägig gesehen hätten¹⁴⁰⁸. Die Unterscheidung

¹³⁹⁷ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 370.

¹³⁹⁸ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 380.

¹³⁹⁹ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 380.

¹⁴⁰⁰ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 380.

¹⁴⁰¹ Schröder, NJW 1961, S.951, 953.

¹⁴⁰² Schröder, NJW 1961, S.951, 954.

¹⁴⁰³ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 375; Schröder, NJW 1961, S.951, 954.

¹⁴⁰⁴ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.51.

¹⁴⁰⁵ Schröder, NJW 1961, S.951, 954.

¹⁴⁰⁶ Schröder, NJW 1961, S.951, 954.

¹⁴⁰⁷ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S. 54; Schröder, NJW 1961, S.951, 954.

¹⁴⁰⁸ Schröder, NJW 1961, S.951, 954.

nach Eingriffen, bei denen der gewissenhafte Arzt die Einwilligung einholen müsse und solchen, bei denen aufgrund weniger gravierender Folgen eine solche nicht eingeholt werden müsse, sei außerdem nicht mit den Grundsätzen des Schuldstrafrechts vereinbar. Die Strafwürdigkeit eines Handelns könne nicht vom zufälligen Eintritt oder Ausbleiben bestimmter Folgen abhängig gemacht werden¹⁴⁰⁹. Für eine solche Unterscheidung lägen auch keine praktisch handhabbaren Kriterien vor, so dass nur von Fall zu Fall entschieden werden könne. Damit träte aber mangels der nötigen Vorhersehbarkeit Rechtsunsicherheit ein¹⁴¹⁰.

Auf Kritik stieß auch, dass der Entwurf offen ließ, ob es sich bei § 161 um einen Ausschluss des Tatbestandes der Körperverletzung handelte oder ob nur die Annahme eines besonderen Rechtfertigungsgrundes zur Straflosigkeit führen sollte. Hiermit blieben wichtige Fragen ungeklärt¹⁴¹¹. Dies gelte vor allem in Hinblick auf die Frage, wie eine missglückte Operation strafrechtlich zu erfassen sei. Eine solche liege dann vor, wenn es sich um eine indizierte und kunstgerecht durchgeführte Maßnahme handle, bei der aber eine Folge eingetreten sei, die die objektive Heiltendenz ganz aufhebe oder zumindest stark relativiere¹⁴¹². Da der Arzt hier seine Garantenpflicht gegenüber dem Patienten durch einen *lege artis* vorgenommenen Eingriff nicht verletzt habe, müssen sein Handeln ausdrücklich als nicht tatbestandsmäßig qualifiziert werden¹⁴¹³.

Man dachte deshalb über eine alternative Gestaltung des Entwurfs nach. So wurde angedacht, in Übereinstimmung mit den Vorgängern des Entwurfs die „Grundsätze eines gewissenhaften Arztes“ aus dem Wortlaut des § 161 zu streichen, um die oben angedeutete Widersprüchlichkeit zu vermeiden¹⁴¹⁴. Dieser Ansatz wurde jedoch teilweise wieder verworfen, da Körper und Wille in diesem Bereich nicht als völlig voneinander getrennte Schutzobjekte gesehen werden könnten, und der Wille im Zusammenhang mit der körperlichen Integrität geschützt werden solle. Deshalb müsse die Einwilligung im Rahmen der Körperverletzung von Bedeutung bleiben¹⁴¹⁵. Ein vollständiges Streichen des § 162 sah man ebenfalls nicht als Lösung, da es laut Begründung des Entwurfs eine Vielzahl von Fällen geben sollte, in denen die Eigenmächtigkeit zwar keine Bestrafung als Körperverletzung aber auch keine Straflosigkeit rechtfertige, so dass § 162 als nötiger Auffangtatbestand gesehen wurde¹⁴¹⁶. Deshalb blieb als konsequente Lösung nur die vollständige Streichung des § 161¹⁴¹⁷. Ausgangspunkt war hierbei, dass eine die Gesundheit fördernde und keine körperliche Beeinträchtigung hervorrufende Behandlung auch ohne Einwilligung schon begrifflich nicht als Körperverletzung beurteilt werden könne. Nur in diesen Fällen würde dann § 162 eingreifen, in allen anderen Fällen würde berechtigter Weise von einer Körperverletzung ausgegangen werden¹⁴¹⁸. Damit würden praktisch angemessene Ergebnisse erzielt und die Widersprüchlichkeiten des Entwurfs vermieden¹⁴¹⁹.

An § 162 wurde kritisiert, dass die Ausnahmefälle in Absatz 2, in denen ein Arzt ohne die Einwilligung des Patienten handeln dürfe, zu eng geregelt seien. So seien die Fälle nicht berücksichtigt, in denen ein Dritter an Stelle des Patienten zur Ertei-

¹⁴⁰⁹ Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.52.

¹⁴¹⁰ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.155.

¹⁴¹¹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.147.

¹⁴¹² Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.148.

¹⁴¹³ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.151.

¹⁴¹⁴ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.158; Schröder, NJW 1961, S.951, 954; Wilts, MDR 1971, S.4, 4.

¹⁴¹⁵ Schröder, NJW 1961, S.951, 955.

¹⁴¹⁶ Schröder, NJW 1961, S.951, 955.

¹⁴¹⁷ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 376; Schröder, NJW 1961, S.951, 955.

¹⁴¹⁸ Schröder, NJW 1961, S.951, 955.

¹⁴¹⁹ Schröder, NJW 1961, S.951, 955.

lung oder Versagung der Einwilligung berechtigt sei¹⁴²⁰. Auch fehle eine Regelung zu dem Fall, in dem ein Sorgeberechtigter die Einwilligung missbräuchlich verweigere und die vormundschaftliche Entscheidung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden könne¹⁴²¹. Fälle, in denen eine Einwilligung wegen der Bewusstlosigkeit des Patienten nicht eingeholt werden könne, oder Fälle der Operationserweiterung seien ebenfalls nicht berücksichtigt worden¹⁴²². Zudem sei es verfehlt, zusätzlich auf die mutmaßliche Einwilligung abzustellen. Diese sei nicht hinreichend verlässlich feststellbar und damit letztlich nur eine Fiktion. Die betroffenen Fälle könnten ebenso gut nach den Grundsätzen über den übergesetzlichen Notstand gelöst werden¹⁴²³. Deshalb wurde als Alternative zu Absatz 2 folgende Regelung vorgeschlagen: „Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die Einwilligung des anderen nicht eingeholt werden kann, ohne dass durch die Einholung oder den mit ihr verbundenen Aufschub der Behandlung das Leben, die Gesundheit oder der Gemütszustand des anderen ernstlich gefährdet werden würde“¹⁴²⁴.

Des Weiteren trat man für eine Streichung der Irrtumsregelung in Absatz 3 ein, da es sich bei dem dort geregelten Sachverhalt nicht um einen Verbotsirrtum, sondern um einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum handle und eine Strafbedürftigkeit nicht bestehe¹⁴²⁵. Die in dem Entwurf vorgeschlagene Irrtumsregelung führe nämlich dazu, dass in Bezug auf die eigenmächtige Heilbehandlung der Ärzte eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für den Fall eines Irrtums eingeführt werde, der bei keinem anderen Freiheitsdelikt vorgesehen sei, wenngleich dort die Strafwürdigkeit deutlich stärker zu bejahen sein könnte. Dieses unbillige Ergebnis zu Lasten der um Gesundheit und Leben der Patienten kämpfenden Ärzte müsse vermieden werden¹⁴²⁶.

In Bezug auf § 162 stieß auch auf Kritik, dass in diesem Paragraphen in Gegensatz zu § 161 nicht vorausgesetzt werde, dass die Eingriffe „nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde erforderlich sind und vorgenommen werden“, so dass auch eigenmächtige Kunstfehler vom § 162 Absatz 1 erfasst würden. Dabei seien Kunstfehler per se schon deshalb fast immer eigenmächtig, weil kein Patient in eine fehlerhafte Behandlung einwillinge¹⁴²⁷. § 162 müsste auf Fälle ärztlich korrekten Verhaltens beschränkt werden¹⁴²⁸. Damit wäre klar gestellt, dass solche Eingriffe nicht als Körperverletzung oder Tötung beurteilt werden dürften, und dass der kunstgerecht, aber eigenmächtig handelnde Arzt nur das Freiheitsinteresse, nicht aber die körperliche Integrität verletze¹⁴²⁹.

b) Entwurf 1962

aa) Inhalt

Nachdem die Länderkommissionen für die große Strafrechtsreform über die §§ 161 und 162 des Entwurfs von 1960 beraten hatten, erhielten diese Normen eine neue Fassung, die vor allem in der Bestimmung über die eigenmächtige Heilbehandlung stark geändert war und als neuer Referentenentwurf E 62 veröffentlicht wurde¹⁴³⁰.

Der Entwurf von 1962 hatte folgenden, abgeänderten Wortlaut:

¹⁴²⁰ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 377.

¹⁴²¹ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 379.

¹⁴²² Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.126; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.164.

¹⁴²³ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.127.

¹⁴²⁴ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.129.

¹⁴²⁵ Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 379.

¹⁴²⁶ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.176.

¹⁴²⁷ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.160.

¹⁴²⁸ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.161.

¹⁴²⁹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.161.

¹⁴³⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.48; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.144.

„ §161 Heilbehandlung:

Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar.“¹⁴³¹

„ § 162 Eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken

(1) Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung vornimmt, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren, mit Strafbuß oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die Einwilligung nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs.2) brächte, und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, dass er die Einwilligung versagen würde.

(3) Die Tat ist auch dann nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn ein Arzt eine Heilbehandlung (§ 161) an einem anderen vornimmt, ohne dass dieser im Sinne des Absatzes 1 eingewilligt hat, weil er vorher nicht über die für die Einwilligung wesentlichen Umstände voll aufgeklärt worden ist, aber

1. der Betroffene wenigstens eingewilligt hat, dass der Arzt ihn überhaupt in Behandlung nimmt und, wenn ein Eingriff vorgenommen werden soll, überhaupt einen Eingriff vornimmt, 2. die Behandlung nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde erforderlich ist, um die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs.2) von ihm abzuwenden,
3. eine volle Aufklärung den Betroffenen seelisch so schwer belasten würde, dass dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt würde, und
4. die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, dass er bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde.

(4) Handelt der Täter in der irrigen Annahme, dass die Voraussetzungen des Absatzes 2 oder 3 vorliegen, und ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so wird er mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafbuß oder mit Geldstrafe bestraft.

(5) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Stirbt der Verletzte, so geht das Antragsrecht nach § 121 Abs.2 auf die Angehörigen über.“¹⁴³²

Der in Bezug genommene § 147 Absatz 2 StGB lautete:

„Eine schwere Schädigung an Körper oder Gesundheit liegt vor, wenn der Verletzte durch die Tat

1. erheblich verstümmelt
2. für immer oder für lange Zeit auffallend entstellt, im Gebrauch seines Körpers oder seiner Sinne, in seiner Fortpflanzungsfähigkeit, seinen seelischen Kräften oder seiner Arbeitsfähigkeit erheblich beeinträchtigt wird oder
3. schwer oder für lange Zeit erkrankt.“¹⁴³³

Eine Regelung von Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht erfolgte also auch in diesem Entwurf nicht, die Notwendigkeit der Aufklärung wurde lediglich durch § 162 Absatz 3 des Entwurfs angedeutet¹⁴³⁴.

¹⁴³¹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.145.

¹⁴³² Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.158, 159.

¹⁴³³ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.159.

¹⁴³⁴ Wilts, MDR 1971, S.4, 6.

bb) Reaktionen

Auf Widerstand in der Literatur stieß zum ersten der für die eigenmächtige Heilbehandlung vorgesehen Strafraumen, der mit Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren, Straftat bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe genau dem für die vorsätzliche Körperverletzung entsprach¹⁴³⁵. Diese Gleichstellung in den Rechtsfolgen widerspreche dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt beider Tatbestände und der Tatsache, dass in vielen Fällen der ärztlichen Eigenmacht gar kein Strafbedürfnis vorliege, etwa wenn der Arzt den Willen des Patienten missachte, um ihn vor dem Tod zu bewahren¹⁴³⁶.

Auch die Beschränkung des § 162 Absatz 1 auf kunstgerechte Heileingriffe wurde kritisiert¹⁴³⁷. Sie führe in den Fällen zu ungerechten Ergebnissen, in denen keine Einwilligung des Patienten vorliege und dem Arzt nur ein leichter Fehler unterlaufen sei. Dann liege zwar der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Handeln ohne Einwilligung, da die ganze Behandlung aufgrund des leichten Fehlers aber als behandlungsfehlerhaft einzustufen wäre, könne der hier angemessene § 162 nicht eingreifen und es würde zu einer unangebrachten Bestrafung wegen Körperverletzung kommen¹⁴³⁸.

Auf Kritik in der Literatur stieß auch hier wie beim Vorgängerentwurf die zu enge Regelung in § 162 Absatz 2 für die Ausnahmefälle, in denen von einer Einwilligung abgesehen werden könnte. Es seien viele Fälle, wie etwa der der Bewusstlosigkeit des Patienten oder die Operationserweiterung nicht erfasst¹⁴³⁹. Die Entscheidungsfreiheit der Ärzte sei dadurch unerträglich eingeengt¹⁴⁴⁰. Der § 162 Absatz 2 müsse deshalb folgende Fassung erhalten: „ Absatz 1 ist nicht anwendbar, wenn nach den Grundsätzen gewissenhafter ärztlicher Fürsorge die Einwilligung des anderen nicht eingeholt werden kann, ohne dass durch den Aufschub des Eingriffs oder der Behandlung das Leben, die Gesundheit oder der Gemütszustand des anderen ernstlich gefährdet werden würde.“¹⁴⁴¹

Auch die Regelungen der Ausnahmefälle in Absatz 3, in denen von einer Aufklärung abgesehen werden können sollte, stießen in der Literatur nicht auf ungeteilte Zustimmung. Ziffer 1 wurde im Wesentlichen als überflüssig bezeichnet. In den meisten Fällen einer unvollständigen Aufklärung habe dem Patienten nämlich die Notwendigkeit des Eingriffs ohnehin erklärt werden müssen, da sonst der Eingriff ja gar nicht hätte durchgeführt werden können. Sollte der Patient nichts von der Maßnahme wissen, könne sowieso nur Absatz 2 zur Anwendung kommen¹⁴⁴². Ziffer 2 sei aus den schon in Bezug auf Absatz 2 angeführten Gründen zu eng gefasst und deshalb abzulehnen¹⁴⁴³. Auch Ziffer 3 sei in Bezug auf die dort geregelten Ausnahmefälle zu eng gefasst, indem gefordert wurde, die seelische Belastung müsse so beschaffen sein, dass dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt werde¹⁴⁴⁴. Im Entwurf wurde darunter laut der amtlichen Begründung eine Verhinderung, Verminderung oder eine Verzögerung der mit der Behandlung beabsichtigten Wirkung verstanden¹⁴⁴⁵. Damit blieben solche seelischen Belastungen unberücksichtigt, die den Patienten stark bedrücken, ihm jede Hoffnung neh-

¹⁴³⁵ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 155.

¹⁴³⁶ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 155.

¹⁴³⁷ Wilts, MDR 1970, S.971, 974.

¹⁴³⁸ Wilts, MDR 1970, S.971, 974.

¹⁴³⁹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.164.

¹⁴⁴⁰ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.165.

¹⁴⁴¹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.166.

¹⁴⁴² Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.130; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.168.

¹⁴⁴³ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.168.

¹⁴⁴⁴ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 157; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.168.

¹⁴⁴⁵ Hartmann, Heilbehandlung, S.161.

men¹⁴⁴⁶ oder sogar eine weitere pathologische Reaktion hervorrufen könnten¹⁴⁴⁷, die sich aber dennoch nicht auf den Heilerfolg auswirken. Diese Folgen könnten den Patienten aber mindestens genauso beeinträchtigen wie die von der Regelung erfassten¹⁴⁴⁸. Auch würden von Ziffer drei die Fälle nicht erfasst, in denen durch die von der Aufklärung ausgelösten Angstreaktionen, etwa einen Selbstmord oder eine vollständige Ablehnung der Behandlung, diese selbst unmöglich werde¹⁴⁴⁹. Eine so kasuistisch gefasste Regelung wie der Absatz 3 in seinen einzelnen Ziffern müsste derartige Fälle ausdrücklich umfassen, weshalb auch ein a-maiore-ad-minus-Schluss nicht greifen könne¹⁴⁵⁰. Zudem trage die Ziffer 3 auch der ärztlichen Konfliktsituation bei der Aufklärung zu wenig Rechnung, indem dem Arzt zusätzlich noch eine fast unmögliche Prognose bezüglich der Schwere der Folgen der Aufklärung auferlegt werde¹⁴⁵¹.

Es wurde außerdem die in der Ziffer 4 geregelte Annahme der mutmaßlichen Einwilligung abgelehnt¹⁴⁵². Eine mutmaßliche Einwilligung könne zur Nivellierung des Selbstbestimmungsrechts führen. Dieses gebe jedem Menschen das Recht, die Einwilligung in eine Behandlung aus unsachlichen oder unvernünftigen Gründen zu versagen. Eine solche Ansicht ließe sich aber nicht aus dem, was aus verständiger Sicht erwartet werden könne, ableiten, so dass der wahre Wille vielfach gar nicht ermittelt werden könne¹⁴⁵³. Eine mutmaßliche Einwilligung könne deshalb meist nicht hinreichend verlässlich festgestellt werden¹⁴⁵⁴.

Auch die Forderung nach dem kumulativen Vorliegen der verschiedenen Voraussetzungen des Absatzes drei wurde als zu starke Einschränkung dieses Rechtfertigungsgrundes angesehen¹⁴⁵⁵.

Wegen all dieser Kritikpunkte wurde deshalb als Alternative zu Absatz drei folgender Einschub in Absatz zwei vorgeschlagen: „Absatz 1 ist nicht anwendbar, wenn nach den Grundsätzen gewissenhafter ärztlicher Fürsorge2. die Aufklärung des anderen über die Art des Leidens oder die Art und die möglichen Folgen der Behandlung oder des Eingriffs in dem Maße eingeschränkt wird, wie es erforderlich erscheint, um den anderen vor einer ernstlichen Beeinträchtigung seines seelischen Zustandes oder seiner Gesundheit zu bewahren.“¹⁴⁵⁶.

Die strafrechtliche Abteilung des Juristentages 1962 schlug einzelne Änderungen an § 161, eine Aufnahme des vorgeschlagenen Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung in abgewandelter Form und eine Regelung der ärztlichen Aufklärungspflicht im Gesetz vor¹⁴⁵⁷.

Man plädierte zum ersten aus den bereits ausgeführten Gründen für ein Streichen der Wendung „nach den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes“ in § 161¹⁴⁵⁸. Der Juristentag kam auch zu dem Schluss, dass § 161 seinem Wortlaut nach lückenhaft sei, weil er die dort geregelten Heilbehandlungen nicht auch von den Tötungstatbeständen ausnahm. Deshalb wurde ein entsprechender Zusatz in § 161

¹⁴⁴⁶ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.168.

¹⁴⁴⁷ Hartmann, Heilbehandlung, S.161.

¹⁴⁴⁸ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 157; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.168.

¹⁴⁴⁹ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.130; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.169.

¹⁴⁵⁰ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.169.

¹⁴⁵¹ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.170.

¹⁴⁵² Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.167.

¹⁴⁵³ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.164.

¹⁴⁵⁴ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 158; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.164.

¹⁴⁵⁵ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.132; Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.170.

¹⁴⁵⁶ Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.171, 172.

¹⁴⁵⁷ Hänlein, ArztR 2001, S.315, 319.

¹⁴⁵⁸ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.54.

gefordert¹⁴⁵⁹. Gemäß den obigen Ausführungen zur Unangemessenheit der Strafandrohung in § 162 Absatz 1 sollte außerdem die Gefängnisstrafe als mögliche Rechtsfolge gestrichen und für Ausnahmefälle die Möglichkeit zum Absehen von jeglicher Strafe vorgesehen werden¹⁴⁶⁰. Weiter wurde als Ergänzung vorgeschlagen, den Umfang der Aufklärungspflicht durch folgende Bestimmung festzulegen: „Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Einwilligungsberechtigte –soweit er nicht darauf verzichtet– über die Art, Schwere und Notwendigkeit der Behandlung sowie alle sonstigen Tatsachen aufgeklärt ist, denen er für seinen Entschluss erkennbar eine Bedeutung beimisst oder die bei vernünftiger Betrachtung für seine Entscheidung eine Rolle spielen können“¹⁴⁶¹. Gemäß den oben angeführten Kritikpunkten sollte die Einschränkung der Aufklärungspflicht dahingehend geregelt werden, dass die Aufklärungspflicht dann nicht bestehen sollte, wenn sie „zu einer ernsten Beeinträchtigung des seelischen Zustandes oder der Gesundheit des Patienten führen könnte“¹⁴⁶². Die Regelung über die mutmaßliche Einwilligung sollte ganz gestrichen werden¹⁴⁶³, ebenso die Irrtumsregelungen in § 162 Absatz 3¹⁴⁶⁴.

c) Alternativentwurf

Die beiden Entwürfe fanden aber nicht nur in einzelnen Punkten Kritik, sondern es wurde 1970 auch ein vollständiger Alternativentwurf verfasst. Dieser sah in § 123 Absatz 1 eine spezielle Strafbarkeit für denjenigen vor, der „ohne Einwilligung an einem anderen einen Heileingriff vornimmt und dabei nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der ärztlichen Heilkunde handelt oder zu handeln glaubt“¹⁴⁶⁵. Bei einem bewussten Handeln gegen die Regeln der ärztlichen Heilkunde sollte unproblematisch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung vorliegen¹⁴⁶⁶. Dabei ging man im Alternativentwurf stillschweigend davon aus, aus der Formulierung eines eigenen Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung und der systematischen Unterscheidung zwischen Freiheitsdelikten und Körperverletzungsdelikten ergebe sich von selbst, dass eine kunstgerecht durchgeführte ärztliche Heilbehandlung keine Körperverletzung darstellen könne¹⁴⁶⁷. Absatz 3 des § 123 AE enthielt eine Bestimmung zur mutmaßlichen Einwilligung¹⁴⁶⁸. In Absatz 4 des § 123 AE war die ärztliche Aufklärungspflicht im Gesetz geregelt, wonach eine Einwilligung nur dann wirksam sein sollte, „wenn der Einwilligende über Art, Tragweite und solche möglichen Folgen der Behandlung aufgeklärt worden ist, die für die Entscheidung eines verständigen Menschen ins Gewicht fallen können“¹⁴⁶⁹. Nach § 123 Absatz 2 sollte die Strafverfolgung nur auf Antrag des Verletzten erfolgen¹⁴⁷⁰.

d) Mögliche Auswirkungen auf das Zivilrecht

Durch die Reformentwürfe sollte im Strafrecht die Missachtung der persönlichen Entschließungsfreiheit durch eine eigene Norm geahndet und damit von der Körperverletzung getrennt werden. Diese Wertung hätte bei Übertragung auf das Zivilrecht dazu geführt, dass die eigenmächtige Heilbehandlung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einzuordnen gewesen wäre¹⁴⁷¹.

¹⁴⁵⁹ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 155.

¹⁴⁶⁰ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 156.

¹⁴⁶¹ Hartmann, Heilbehandlung, S.153.

¹⁴⁶² Grünwald, in: Göppinger, S.125, 157.

¹⁴⁶³ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 158.

¹⁴⁶⁴ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.147.

¹⁴⁶⁵ Zipf, in: FS Bockelmann, S.577, 579.

¹⁴⁶⁶ Zipf, in: FS Bockelmann, S.577, 579.

¹⁴⁶⁷ Zipf, in: FS Bockelmann, S.577, 582.

¹⁴⁶⁸ Zipf, in: FS Bockelmann, S.577, 586.

¹⁴⁶⁹ Hartmann, Heilbehandlung, S.153.

¹⁴⁷⁰ Zipf, in: FS Bockelmann, S.577, 588.

¹⁴⁷¹ Laufs, NJW 1969, S.529, 529.

Eine Änderung von Schadensfolgen und Beweislastverteilung wären ebenfalls möglich gewesen¹⁴⁷². Dies besonders in Bezug auf die Aufklärung als Voraussetzung der Einwilligung. Die Einwilligung wäre nämlich dann, wenn das ärztliche Handeln nicht mehr als Körperverletzung sondern als Freiheitsverletzung geahndet worden wäre, nicht mehr Rechtfertigungsgrund, sondern deren Fehlen eine Tatbestandsvoraussetzung gewesen. Dann wäre der Geschädigte und nicht mehr der Schädiger diesbezüglich beweisbelastet gewesen¹⁴⁷³.

Man hätte außerdem im geplanten Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung ein Schutzgesetz sehen können, dessen Nichtbeachtung eine Schadenersatzpflicht nach § 823 Absatz 2 BGB nach sich hätte ziehen können¹⁴⁷⁴. Auch in diesem Fall wäre aber der geschädigte Patient für das Tatbestandsmerkmal der fehlenden oder fehlerhaften Einwilligung beweisbelastet gewesen¹⁴⁷⁵. Die Reform des Strafrechts hätte sich somit in mehrfacher Hinsicht auch auf die zivilrechtliche Haftung des Arztes ausgewirkt.

3) Scheitern der Reformpläne

Wie jedoch schon alle Entwürfe für die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung vorher, fanden auch die Entwürfe der Jahre 1960 und 1962 keine Aufnahme in das Strafgesetzbuch. Die strafrechtliche Beurteilung richtete sich also weiter nach den allgemeinen Vorschriften, und auch die von der Rechtsprechung immer mehr betonte Aufklärungspflicht erfuhr keine gesetzliche Regelung. Folgt man, wie bereits oben begründet, der Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung und den damit verbundenen Fragen, so wäre eine gesetzliche Regelung sowieso überflüssig gewesen. Außerdem hätte andererseits aber auch die Umsetzung der Entwürfe angesichts der zahlreichen Kritik aus der Literatur weder zu einer klaren und eindeutigen Rechtslage noch zu einem Verstummen der Literatur zu den mit der ärztlichen Heilbehandlung und Aufklärung verbundenen Fragen geführt.

II) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht

Da also gesetzliche Regelungen weiterhin ausblieben, behielt das Richterrecht seine Rolle als entscheidender Rechtsbildungsfaktor. Vor allem die höchstrichterliche Rechtsprechung war damit entscheidend für die Fortentwicklung des Arzthaftungsrechts.

1) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe

In den 50er und 60er Jahren stieg die Zahl der Behandlungsfehlerverfahren wie auch schon vor dem Zweiten Weltkrieg weiter an¹⁴⁷⁶. Insgesamt konnte man aber eher von einem starken¹⁴⁷⁷ und noch nicht von einem explosionsartigen Anstieg wie in den darauf folgenden Jahrzehnten sprechen¹⁴⁷⁸. Absolute Zahlen wurden nur sehr vereinzelt veröffentlicht. So lagen einer Untersuchung über die Haftung des Arztes in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Jahre 1962 für den Zeitraum von 1951 bis 1962 rund 160 zivilrechtliche und 30 strafrechtliche Entscheidungen des BGH zugrunde, wobei gemäß der Zielsetzung der Abhandlung strafrechtliche Entscheidungen nur soweit berücksichtigt wurden, als sie auch auf die zivilrechtliche

¹⁴⁷² Laufs, NJW 1969, S.529, 529.

¹⁴⁷³ Kleinewefers, VersR 1963, S.297, 301.

¹⁴⁷⁴ Kleinewefers, in: Forster, S.15, 17.

¹⁴⁷⁵ Kleinewefers, VersR 1963, S.297, 301.

¹⁴⁷⁶ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.15.

¹⁴⁷⁷ Schmidt, in: Ponsold, S.1, 2.

¹⁴⁷⁸ Hollmann, Aufklärungspflicht, S.5.

Haftung ausstrahlen¹⁴⁷⁹. Weitere statistische Erfassungen über alle Entscheidungen, über andere Zeiträume oder über Einzelheiten der Verfahren fehlen.

2) Gebiete der Rechtsfortbildung und Schwerpunkte der Rechtsprechung

Da insgesamt die Zahl der Entscheidungen also immer mehr zunahm, wurde das Arzthaftungsrecht als besonders von der richterlichen Rechtsfortbildung abhängiges Gebiet immer differenzierter fortentwickelt. Dabei waren aufgrund der Vielfalt der Fallgestaltungen die meisten Entscheidungen stark auf die Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts bezogen¹⁴⁸⁰. Für das Arzthaftungsrecht als eigenes Rechtsgebiet ließen sich jedoch grundsätzliche Tendenzen erkennen und einzelne Entscheidungen mit besonderer Bedeutung für die Rechtsfortbildung ausmachen. Dabei standen in den fünfziger und sechziger Jahren vor allem Fragen in Zusammenhang mit der Aufklärung und Einwilligung im Vordergrund. Die Rechtsprechung des BGH in diesem Bereich wurde zunehmend strenger¹⁴⁸¹. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wurde immer mehr betont und die Eigenverantwortlichkeit der Ärzte immer mehr eingeschränkt¹⁴⁸². Zudem erleichterten die den Ärzten an die Hand gegebenen Kriterien die Ausübung der Aufklärungspflicht nicht, da sie für die praktische Umsetzung als zu weit und unbestimmt angesehen wurden¹⁴⁸³.

Einige Einzelentscheidungen waren für die Rechtsfortbildung von besonderer Bedeutung. Sie sollen im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.

3) Einzelentscheidungen mit besonderer Bedeutung

Im Laufe der fünfziger Jahre ergingen vor allem grundlegende Entscheidungen über die Aufklärungspflicht des Arztes. Der BGH konkretisierte die Grundzüge in diesem Bereich durch einige Aufsehen erregende Entscheidungen¹⁴⁸⁴, unter anderem durch das sogenannte „1. Elektroschockurteil“¹⁴⁸⁵, das „Myom-Urteil“¹⁴⁸⁶, das „2. Elektroschockurteil“¹⁴⁸⁷ und das „Strahlenurteil“¹⁴⁸⁸.

a) Entscheidungen von juristisch-dogmatischem Interesse

Dabei lieferten einige Entscheidungen die Antworten auf grundlegende dogmatische Fragen.

aa) Notwendigkeit von Aufklärung und Einwilligung

So gab der BGH im „Myom-Urteil“ vom 28. November 1957¹⁴⁸⁹ erstmals eine dogmatische Begründung für die Aufklärungspflicht mit Bezug auf das Grundgesetz, die bis heute Gültigkeit besitzt¹⁴⁹⁰. Er führte aus, in dem aus Artikel 2 Absatz 2 GG abgeleiteten Grundrecht auf Achtung der Persönlichkeit des einzelnen liege die Notwendigkeit der Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts begründet¹⁴⁹¹. Das Recht und die Pflicht des Arztes zur Heilung werde durch dieses Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper begrenzt¹⁴⁹². Eine ohne

¹⁴⁷⁹ Petersen, DRiZ 1962, S.194, 194.

¹⁴⁸⁰ vgl. Gaisbauer, VersR 1972, S.419 ff.

¹⁴⁸¹ Brüggemann, NJW 1977, S.1473, 1475.

¹⁴⁸² Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.117.

¹⁴⁸³ Schmidt, Gutachten zum 44. DJT, S.133.

¹⁴⁸⁴ Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁴⁸⁵ BGH NJW 1956, S.1106 ff.

¹⁴⁸⁶ BGH NJW 1958, S.267 ff.

¹⁴⁸⁷ BGH NJW 1959, S.811 ff.

¹⁴⁸⁸ BGH NJW 1959, S.814 f.

¹⁴⁸⁹ BGH NJW 1958, S.267 ff.

¹⁴⁹⁰ Kim, Aufklärungspflicht, S.25.

¹⁴⁹¹ BGH NJW 1958, S.267, 268; vgl. Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁴⁹² BGH NJW 1958, S.267, 268; vgl. Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

Einwilligung des Patienten vorgenommene Heilmaßnahme stelle einen rechtswidrigen „Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit“ dar¹⁴⁹³. Das bisherige Berufen auf das Persönlichkeitsrecht des Patienten war somit erstmals durch konkrete Normen der neuen Verfassung belegt.

bb) Einwilligungsfähigkeit

Zur Frage der Einwilligungsfähigkeit traf der BGH am 5. Dezember 1958¹⁴⁹⁴ eine grundlegende Entscheidung, durch die die rechtlich anerkannte Fähigkeit zur Einwilligung in medizinische Behandlungen erheblich erweitert wurde. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einwilligung war nun nicht mehr die von der Volljährigkeit abhängige Geschäftsfähigkeit, sondern das Vorhandensein einer geistigen und sittlichen Reife, durch die der Patient Bedeutung und Tragweite des Eingriffs erkennen, die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte gegeneinander abwägen und seine Entscheidung danach ausrichten konnte¹⁴⁹⁵. Somit wurde bis heute verbindlich festgelegt, dass auch Minderjährige bei entsprechender Reife in eine medizinische Behandlung einwilligen können¹⁴⁹⁶.

b) Entscheidungen mit besonderer Bedeutung für die Pflichten und die Berufsausübung der Ärzte

Der BGH gab außerdem auch für den praktischen Alltag sehr relevante Grundsätze in Bezug auf den Umfang und die Notwendigkeit der Aufklärung vor.

aa) Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht

Im „1. Elektroschockurteil“ vom 10. Juli 1954¹⁴⁹⁷ legte der BGH zum ersten als maßgebliches Kriterium für Maß und Umfang der Aufklärungspflicht den Grad der Gefährlichkeit des Eingriffs fest. Diese sollte sich nach Schwere der möglichen Komplikationen und statistischen Häufigkeit ihres Eintritts bestimmen. Eine Aufklärung sollte vor allem bei typischen, nicht aber bei äußerst seltenen schädlichen Folgen stattfinden¹⁴⁹⁸.

Auf Kritik stieß hier vor allem, dass der BGH zur Bestimmung der Typizität eines Risikos erstmals auf die prozentuale Komplikationsdichte abstellte¹⁴⁹⁹. Zum ersten sei in Bezug auf die Statistiken zu beachten, dass sie stark von den Methoden bei der Aufstellung abhängig seien¹⁵⁰⁰. Zum zweiten ließen sich aus ihnen nur sehr begrenzt Aussagen für die Einzelfälle mit ihren jeweiligen Besonderheiten gewinnen¹⁵⁰¹. Zunächst aber hielt der BGH trotz der Kritik in der Literatur schematisch an der Komplikationshäufigkeit als maßgeblichem Kriterium für den Umfang der Aufklärungspflicht fest.

Diese Kriterien für Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht modifizierte der BGH jedoch Anfang der sechziger Jahre. In einer Entscheidung vom 29. September 1961¹⁵⁰² wich er zunächst davon ab, als Maßstab dafür, ob eine Komplikation typisch mit einem Eingriff verbunden sei, allein auf die statistische Komplikationsdichte abzustellen. Als entscheidend für die Bestimmung der Typizität sah er nun vor allem die Umstände des Einzelfalls an¹⁵⁰³. Demnach wurden unter typischen Gefah-

¹⁴⁹³ BGH NJW 1958, S.267, 268; vgl. Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁴⁹⁴ BGH NJW 1959, S.811 ff.

¹⁴⁹⁵ BGH NJW 1959, S.811; vgl. Kleinewefers, VersR 1962, S.197, 199.

¹⁴⁹⁶ Dunz, Arzthaftungsrecht, S.33.

¹⁴⁹⁷ BGH NJW 1956, S.1106ff.

¹⁴⁹⁸ BGH NJW 1956, S.1106, 1107; vgl. Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁴⁹⁹ BGH NJW 1956, S.1106, 1107; vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.81.

¹⁵⁰⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.81.

¹⁵⁰¹ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.82.

¹⁵⁰² BGH NJW 1961, S.2203 ff.

¹⁵⁰³ BGH NJW 1961, S.2203, 2203, 2204; vgl. Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.115.

ren jetzt besonders solche verstanden, die dem jeweiligen Eingriff eigentümlich waren und mit denen gerechnet werden musste, ohne dass man sie hinreichend sicher bekämpfen konnte¹⁵⁰⁴. Damit war wieder ein erster Schritt weg von einer schematisierten Betrachtung hin zu einer solchen getan, die erlaubte, die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Einen zweiten wichtigen Schritt zur Modifikation der sehr engen und strengen Anforderungen im Bereich der Aufklärungspflicht machte der BGH in seinem Urteil vom 16. Oktober 1962¹⁵⁰⁵. Das Gericht führte aus, eine wirksame Einwilligung des Patienten setze voraus, dass dieser „im großen und ganzen wisse, worin er einwillige“¹⁵⁰⁶. Ausschlaggebend seien für den Umfang der Aufklärung vor allem die Art der möglicherweise eintretenden Komplikationen, die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens im konkreten Fall und das Verhältnis dieses Risikos zu den Folgen, mit denen der Patient rechnen müsste, wenn die geplante Heilmaßnahme unterbliebe¹⁵⁰⁷. Somit sollte für den Umfang der Aufklärung das von den Umständen des Einzelfalls abhängige Ergebnis einer Abwägung zwischen den Gefahren der Behandlung und den Folgen der Krankheit im unbehandelten Zustand ausschlaggebend sein. Dabei war als maßgebliche Perspektive für die Abwägung die Sichtweise des verständigen Patienten gewählt¹⁵⁰⁸. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Komplikation sollte jetzt keine selbständige Bedeutung mehr haben, sondern nur noch ein Kriterium unter vielen für die Beurteilung des Risikos des Eingriffs darstellen¹⁵⁰⁹. Statistische Werte sollten für die Beachtlichkeit eines Risikos nicht länger ausschlaggebend sein¹⁵¹⁰. Insgesamt also war damit als neue Richtlinie festgelegt, dass je dringender die Maßnahme in sachlicher und zeitlicher Hinsicht indiziert und je größer die Notwendigkeit des Eingriffs war, desto weniger Anforderungen an die Aufklärung zu stellen waren¹⁵¹¹. Als entscheidende Neuerung war nicht mehr nur in erster Linie die Komplikationsdichte für das Erfordernis der Aufklärung ausschlaggebend, sondern die Umstände des jeweiligen Einzelfalls, so dass der Ärzteschaft ermöglicht wurde, wieder am Einzelfall orientierte, sachgerechtere Entscheidungen in Bezug auf die Aufklärung zu treffen.

bb) Aufklärung bei Operationserweiterung

Eine spezielle Frage in Zusammenhang mit Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht war, ob in den Fällen einer Operationserweiterung eine Aufklärung und Einwilligung hinsichtlich des weiteren Eingriffs zu fordern sei. Damit beschäftigte sich das „1. Myom-Urteil“ des BGH vom 28. November 1957¹⁵¹².

In der Rechtsprechung war bisher anerkannt gewesen, dass in solchen Fällen von einer erneuten Aufklärung und Einwilligung abgesehen werden könne. Der BGH kam auch in diesem Fall zu dem Ergebnis, dass der Arzt aufgrund der bedenklichen medizinischen Situation die Operation nicht hätte unterbrechen müssen, um die Einwilligung der Patientin einzuholen¹⁵¹³. Die Bedeutung dieser Entscheidung liegt aber darin, dass der BGH hier eine Fahrlässigkeit des Arztes deshalb annahm, weil der Arzt in dem Gespräch vor der Operation die Patientin nicht auf die nahe liegende, möglicherweise notwendige Erweiterung des Eingriffs hingewiesen hatte¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁴ BGH NJW 1961, S.2203, 2204; vgl. Schmidt, Gutachten zum 44.DJT, S.116.

¹⁵⁰⁵ BGH NJW 1963, S.393 ff; vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.82.

¹⁵⁰⁶ BGH NJW 1963, S.393, 394.

¹⁵⁰⁷ BGH NJW 1963, S.393, 394.

¹⁵⁰⁸ BGH NJW 1963, S.393, 394; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.87.

¹⁵⁰⁹ Grünwald, in: Göppinger, S.125, 145, 146.

¹⁵¹⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.83.

¹⁵¹¹ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.87.

¹⁵¹² BGH NJW 1958, S.267ff; vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.107.

¹⁵¹³ BGH NJW 1958, S.267, 268.

¹⁵¹⁴ BGH NJW 1958, S.267, 268; vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.109.

Damit waren die Anforderungen an den Arzt im Rahmen der Aufklärung weiter erhöht, da die Ärzte jetzt zu einem Hinweis auf mögliche Erweiterungen des Eingriffs schon vor dessen Vornahme verpflichtet waren, um sich nicht dem Vorwurf der Fahrlässigkeit auszusetzen¹⁵¹⁵.

cc) Ausnahmen von der Aufklärungspflicht

Aber nicht nur zu Maß und Inhalt der Aufklärung entwickelte der BGH seine Rechtsprechung weiter, sondern auch zu der Frage, wann eine Aufklärung überhaupt stattfinden müsse, bezog er Stellung. In seinem „1. Elektroschockurteil“ wiederholte er dabei den bereits vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatz, dass nicht schon wegen der „Herabdrückung seiner Stimmung oder seines Allgemeinbefindens“ von der Aufklärung des Patienten abgesehen werden dürfe, weil es sich hierbei um nicht vermeidbare Folgen handle, „die in Kauf genommen werden müssten“¹⁵¹⁶.

Aufgrund der damit verbundenen Zurückstellung der ärztlichen Hilfspflicht hinter der Selbstbestimmung des Patienten, stieß das Urteil auf heftige Kritik in der Literatur¹⁵¹⁷. Es gebe Fälle, in denen der körperlich und psychisch labile Patient die Autorität des Arztes zu seinem eigenen Wohl benötige. Auch sei der Arzt nur einer von vielen Helfern in einer Notsituation, für den deshalb besondere Regelungen unangemessen seien¹⁵¹⁸. Zudem könne eine schonungslose Aufklärung physische und psychische Folgen nach sich ziehen, die den Heilungsprozess negativ beeinflussen oder sogar neue Krankheitserscheinungen hervorrufen könnten¹⁵¹⁹.

Im „2. Elektroschockurteil“ vom 9. Dezember 1958¹⁵²⁰ relativierte der BGH daraufhin seinen Standpunkt wieder. Er führte aus, dass eine vollständige Aufklärung dann nicht erforderlich sei, wenn dadurch Leben oder Gesundheit des Patienten ernsthaft gefährdet würden¹⁵²¹. Eine Einschränkung der Aufklärungspflicht sei aber nicht schon dann anzunehmen, wenn bei vollständiger Aufklärung nur eine Verweigerung der Aufklärung zu erwarten sei¹⁵²². Der Arzt sollte nur noch dann von der Aufklärung absehen dürfen, wenn er gewichtige Gründe hierfür geltend machen konnte¹⁵²³. Er führte in dieser Entscheidung in Abweichung von den bisherigen höchstrichterlichen Grundsätzen außerdem aus, dass dem Arzt bei der Durchführung der Aufklärung kein Ermessen zustehe und dass es sich beim Umfang der Aufklärung um eine vollständig gerichtlich überprüfbare Rechtsfrage handle¹⁵²⁴.

Im „Strahlenurteil“ vom 16. Januar 1959¹⁵²⁵ führte der BGH dann aus, dass der Arzt keinesfalls schonungslos über das bestehende Leiden aufklären müsse¹⁵²⁶. Falls dies aber nötig sei, um die Einwilligung des Patienten zu erlangen, dürfe er davor nicht zurückschrecken¹⁵²⁷. Er dürfe davon nur dann absehen, wenn die Eröffnung der Diagnose einen ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschaden herbeifüh-

¹⁵¹⁵ Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.109.

¹⁵¹⁶ BGH NJW 1956, S.1106, 1107; vgl. Neidhardt, NJW 1956, S.1097, 1098.

¹⁵¹⁷ Neidhardt, NJW 1956, S.1097, 1098.

¹⁵¹⁸ Neidhardt, NJW 1956, S.1097, 1098.

¹⁵¹⁹ Neidhardt, NJW 1956, S.1097, 1099.

¹⁵²⁰ BGH NJW 1959, S.811ff.

¹⁵²¹ BGH NJW 1959, S.811, 813; vgl. Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.104; Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁵²² BGH NJW 1959, S.811, 813; vgl. Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.104; Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 352.

¹⁵²³ BGH NJW 1959, S.811, 814; vgl. Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.85.

¹⁵²⁴ BGH NJW 1959, S.811, 814; vgl. Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.105; Tempel, NJW 1980, S.609, 610.

¹⁵²⁵ BGH NJW 1959, S.814 ff.

¹⁵²⁶ BGH NJW 1959, S.814, 815; vgl. Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 349.

¹⁵²⁷ BGH NJW 1959, S.814, 815; vgl. Hayler, *Ärztliche Heilbehandlungen*, S.74.

ren würde¹⁵²⁸. Gleichwohl müsse er aber in einem solchen Fall einer schweren Krankheit den Patienten über die wesentlichen Punkte und Komplikationsmöglichkeiten unterrichten¹⁵²⁹: Die „Aufklärungspflicht des Arztes steht grundsätzlich als Rechtspflicht neben seiner Pflicht zu heilen. Das Recht der Selbstbestimmung, die dem einzelnen zukommende Entschließungsfreiheit und die Menschenwürde verlangen gebieterisch nach einer Unterrichtung des Patienten. Abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall, dass es unmöglich ist, die Einwilligung des Kranken einzuholen, darf der Arzt die Entschließung des Patienten nicht vorwegnehmen oder ersetzen.“¹⁵³⁰.

Die Ausnahmen von der Aufklärungspflicht blieben also weiterhin sehr eng und das von der Literatur so häufig geforderte „therapeutische Privileg“, also das Absehen von der Aufklärung nach Ermessen des Arztes in bestimmten Fällen, wurde vom BGH nicht anerkannt.

c) Entscheidungen zu sonstigen Fragen

Der Schwerpunkt der grundlegenden Entscheidungen in den fünfziger und sechziger Jahren lag somit auf der Festlegung von Inhalt und Grenzen der Aufklärungspflicht. Daneben ergingen noch vereinzelt grundlegende Entscheidungen zu anderen Fragen des Arzthaftungsrechts.

aa) Strafrechtliche Einordnung von Operationsbesteck

Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit weiter Ärztekreise war die Entscheidung des BGH vom 24. Mai 1960¹⁵³¹ von Bedeutung, in der erstmalig höchstrichterlich entschieden wurde, dass die von den Ärzten bei medizinischen Eingriffen verwendeten Operationswerkzeuge keine „Messer oder andere gefährliche Werkzeuge“ im Sinne des strafrechtlichen Qualifikationstatbestandes der gefährlichen Körperverletzung seien¹⁵³².

bb) Herausgabeanspruch bei Röntgenbildern

Am 6. November 1962¹⁵³³ traf der BGH eine grundlegende Entscheidung zu einer die Literatur lange Zeit beschäftigenden Frage. Er entschied nämlich, dass der Patient gegenüber dem Arzt im Regelfall keinen Anspruch auf Herausgabe der im Laufe einer Behandlung gefertigten Röntgenbilder habe¹⁵³⁴. Dabei wurde der Übereignungsanspruch vom BGH nicht für alle Fälle ausgeschlossen. Offen gelassen wurde die Rechtslage für die Fälle, in denen die Anfertigung der Röntgenbilder Gegenstand eines Werkvertrages war¹⁵³⁵.

cc) Beweislast beim groben Behandlungsfehler

Für die prozessuale Durchsetzung der Schadensersatzansprüche der Patienten war eine Entscheidung des BGH Ende der sechziger Jahre zur Beweiserleichterung bei groben Fehlern des Arztes von besonderer Bedeutung.

Der BGH hatte der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend eine zu Lasten der Ärzte veränderte Beweislast zunächst bei leichtfertigem Verhalten oder schuldhaften groben Behandlungsfehlern¹⁵³⁶ und später nur noch beim Vorliegen des objektiven

¹⁵²⁸ BGH NJW 1959, S.814, 815; vgl. Grünwald, in: Göppinger, S.125, 149.

¹⁵²⁹ BGH NJW 1959, S.814, 815; vgl. Kaufmann, ZStW 1961, S.341, 350.

¹⁵³⁰ BGH NJW 1959, S.814, 815; vgl. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.105.

¹⁵³¹ BGH NSTZ 1987, S.174.

¹⁵³² BGH NSTZ 1987, S.174, 174; vgl. Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.24.

¹⁵³³ BGH NJW 1963, S.389 f.

¹⁵³⁴ BGH NJW 1963, S.389, 389; vgl. Daniels, NJW 1976, S.345, 345.

¹⁵³⁵ BGH NJW 1963, S.389, 389; vgl. Daniels, NJW 1976, S.345, 345.

¹⁵³⁶ Helbron, Arzthaftungsrecht, S. 24.

Kriteriums eines besonders schweren Behandlungsfehlers angenommen¹⁵³⁷. Dem Arzt war dabei das Beweisrisiko deshalb auferlegt worden, weil er dadurch „näher dran“ sei, dass er durch den schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst die Prognose unmöglich gemacht habe, welcher Verlauf bei einer ordnungsgemäßen Behandlung eingetreten wäre¹⁵³⁸. Diese Beweislastverteilung sollte keine Sanktion für das Verhalten des Arztes darstellen. Es war vielmehr als gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen worden, dem Patienten, der nicht zur Klärung des Sachverhalts beitragen könne, in einem solchen Fall die volle Beweislast aufzuerlegen¹⁵³⁹. Dabei war gefordert worden, dass der grobe Behandlungsfehler geeignet war, gerade oder typischerweise die gesundheitlichen Schäden zu verursachen, die dann tatsächlich eingetreten waren¹⁵⁴⁰.

Diese Rechtsprechung änderte der BGH im Jahre 1968¹⁵⁴¹, indem er fortan nicht mehr auf die typische Eignung zum Hervorrufen des Schadens, sondern auf die generelle Eignung des groben Behandlungsfehlers hierzu abstellte¹⁵⁴². Diese Lockerung erweiterte den Anwendungsbereich der Beweislastumkehr erheblich.

4) Zusammenfassung

Der Schwerpunkt der in den fünfziger und sechziger Jahren ergangenen Entscheidungen lag somit auf den Fragen zu Notwendigkeit und Umfang der Aufklärung. Während von der ersten Entscheidung des Reichsgerichts bis 1945 lediglich 14 Entscheidungen zu diesem Themenbereich ergangen waren, bildete dieser jetzt allmählich den entscheidenden Schwerpunkt der Rechtsprechung¹⁵⁴³. Der BGH verschärfte dabei die Anforderungen an die Aufklärungspflicht immer mehr. Zwar wich er von seinen zunächst sehr strengen Maßgaben gegen Anfang der sechziger Jahre wieder etwas ab, insgesamt aber erhielt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zunehmend Vorrang vor der Fürsorgepflicht des Arztes¹⁵⁴⁴. Auf der einen Seite konnte nämlich der Umfang der Aufklärung durch das Abstellen auf eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls wieder etwas mehr auf die Besonderheiten des jeweiligen Falls abgestimmt werden. Auf der anderen Seite stand aber die Entscheidung darüber nicht mehr im pflichtgemäßen Ermessen des behandelnden Arztes, sondern war zu einer gerichtlich voll überprüfbaren Rechtsfrage geworden. Durch eine Vielzahl an Entscheidungen und ständig veränderte Grundsätze ließ es die Rechtsprechung zudem in Bezug auf die Aufklärung an klaren Maßstäben für den täglichen Umgang mit den Patienten fehlen¹⁵⁴⁵. Auch durfte nur in sehr begrenzten Ausnahmefällen von der Aufklärung abgesehen werden.

Die Rechtsprechung tendierte damit insgesamt in diesem Bereich zu einer verstärkten Berücksichtigung der Interessen der Patienten. Einem gerechten Interessenausgleich stand das aber nicht entgegen, da die Rechtsprechung damit in erster Linie versuchte, die noch bestehende unterlegene Situation der Patientenschaft zu verbessern, die auf der fehlenden Einsicht in die Behandlungsabläufe und der mangelnden Sachkenntnis beruhte.

¹⁵³⁷ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.25.

¹⁵³⁸ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.988.

¹⁵³⁹ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.988.

¹⁵⁴⁰ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.25.

¹⁵⁴¹ BGH NJW 1968, S.2291 ff.

¹⁵⁴² BGH NJW 1968, S.2291, 2293; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.25.

¹⁵⁴³ Schewe, ArztR 1979, S.64, 65.

¹⁵⁴⁴ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.76.

¹⁵⁴⁵ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.78.

III) Diskussionsgegenstände in der Literatur

Anders als in der Rechtsprechung war in der Literatur der fünfziger und sechziger Jahre keine wesentliche Entwicklung zu beobachten. In diesem Zeitraum waren in der Literatur kaum Abhandlungen zu finden, die sich nicht mit den bereits erwähnten Gesetzgebungsvorschlägen¹⁵⁴⁶ oder den angeführten grundlegenden Entscheidungen des BGH¹⁵⁴⁷ befassten. Auf die wesentlichen Stellungnahmen hierzu wurde bereits eingegangen. Vereinzelt wurde zum Herausgabeanspruch des Patienten in Bezug auf Röntgenplatten Stellung genommen¹⁵⁴⁸. Zum Teil bildeten Fragen der Aufklärungspflicht den Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen, wobei aber auch hier im Wesentlichen nur zu Urteilen Stellung genommen wurde¹⁵⁴⁹. Teilweise wurde auch der alte Streit um die tatbestandliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung fortgeführt¹⁵⁵⁰.

Soweit ersichtlich fehlte es aber an neuen Streitfragen, die Anstoß für neue Entwicklungen hätten geben können. Die Kritik der Literatur an der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht konnte an deren Ergebnis einer zunehmenden Betonung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nichts ändern.

IV) Zusammenfassung

Betrachtet man die verschiedenen Aspekte des Arzthaftungsrechts in den fünfziger und sechziger Jahren, so lässt sich folgendes Ergebnis zusammenfassen:

In diesem Zeitabschnitt wurden weder die anstehenden Gesetzgebungsvorhaben umgesetzt, noch kam die Literatur zu nennenswerten Erkenntnissen.

Aber nicht nur in Bezug auf die theoretischen Grundlagen waren diese zwei Jahrzehnte eher von untergeordneter Bedeutung für die Entwicklung des Arzthaftungsrechts. Auch die Zahl der Arzthaftungsverfahren stieg zwar weiter an, jedoch im Vergleich zu den davor liegenden Jahrzehnten eher kontinuierlich und nicht übermäßig. Es ergingen zahlreiche Einzelentscheidungen ohne grundlegende Bedeutung. Lediglich ein Themenkomplex bildete insofern eine Ausnahme von dieser allgemeinen Entwicklung, nämlich die Fragen der Notwendigkeit der Aufklärung und des Umfangs der Aufklärungspflicht. Dieser Bereich erlangte zunehmend an Bedeutung und war der einzige mit nennenswerten Fortentwicklungen und über den Einzelfall hinausgehenden Konkretisierungen in der Rechtsprechung. Hier wich der BGH von den Vorgaben des Reichsgerichts zum Teil deutlich ab und stellte neue, eigene Grundsätze auf, die zu einer zunehmenden Betonung der Belange der Patienten in diesem Bereich führten. In diese Richtung ging auch die Erweiterung des Anwendungsbereichs für die Beweiserleichterungen beim groben Behandlungsfehler. Damit begann sich als bedeutende Änderung für die Entwicklung des Arzthaftungsrechts das Bemühen der Rechtsprechung abzuzeichnen, die nachteilige Stellung der Patienten, die zwar auf der einen Seite weder über das nötige Fachwissen noch über Einblick in die Behandlungsabläufe verfügten, denen aber auf der anderen Seite die Darlegungs- und Beweislast im Behandlungsfehlerprozess oblag, zu verbessern und so zu einem Gleichgewicht der Parteien zu gelangen.

¹⁵⁴⁶ Kohlhaas, DMW 1962, S.2593ff; Laufs, NJW 1969, S.529ff.

¹⁵⁴⁷ Kleinewefers, VersR 1962, S.197 ff.

¹⁵⁴⁸ Kleinewefers, VersR 1963, S.297 bis 300.

¹⁵⁴⁹ Kleinewefers, VersR 1963, S.300 ff.

¹⁵⁵⁰ Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen, S.14ff.

B) Arzthaftungsrecht seit den 70er Jahren

I) Rechtsgrundlagen

1) Ablösung der Arzthaftung durch die Unfallversicherung?

Seit Beginn der siebziger Jahre wurden im Gegensatz zu den Jahrzehnten zuvor zunächst keine Reformversuche im Bereich des Strafrechts unternommen. Dafür gab Anfang der siebziger Jahre ein vieldiskutiertes Urteil des OLG Braunschweig Anlass, darüber nachzudenken, ob der Gesetzgeber möglicherweise durch das Rehabilitationsangleichungsgesetz (RehaAnglG) aus dem Jahre 1974 einen Teil des Arzthaftungsrechts gesetzlich geregelt hatte¹⁵⁵¹. In Bezug auf stationär behandelte Sozialversicherte wäre dann ein ärztlicher Pflichtverstoß von der gesetzlichen Unfallversicherung umfasst gewesen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass in diesem Bereich Ansprüche gegen den Krankenhausträger und unter Umständen auch gegen den behandelnden Arzt selbst ausgeschlossen gewesen wären¹⁵⁵². Dann hätten alle gesetzlich Krankenversicherten, also rund 90% der Bevölkerung bei einem schuldhaften Behandlungsfehler während einer stationären Behandlung ihre privatrechtlichen Schadensersatzansprüche und damit vor allem auch ihre Schmerzensgeldansprüche, die von der gesetzlichen Unfallversicherung nicht umfasst gewesen wären, verloren¹⁵⁵³.

Die ausschlaggebende Änderung durch das Rehabilitationsangleichungsgesetz, das am 7. August 1974 in Kraft getreten war, bestand darin, dass in § 539 Absatz 1 RVO folgende Ziffer 17a eingefügt worden war: „In der Unfallversicherung sind, unbeschadet der §§ 541 und 542, gegen Arbeitsunfall versicherte Personen, denen von einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung oder der gesetzlichen Rentenversicherung oder einer landwirtschaftlichen Alterskasse stationäre Behandlung im Sinne des § 559 gewährt wird.“¹⁵⁵⁴ Nach dem Wortlaut allein dieser Nummer sollte also der gesetzlich versicherte Patient im Rahmen stationärer Behandlung gegen einen Arbeitsunfall versichert sein. Die entsprechenden Haftungsregelungen, aus denen sich nach dem OLG Braunschweig die Haftungsfreistellung des Krankenhausträgers und des Arztes im Falle eines Arbeitsunfalls ergeben sollte, enthielten § 636 und § 637 RVO. Nach § 636 RVO sollte ein Unternehmer bei Vorliegen eines Arbeitsunfalls nämlich unter bestimmten Voraussetzungen von der Haftung gegenüber seinen Beschäftigten frei sein¹⁵⁵⁵. Nach Absatz 1 sollte die Haftung des Unternehmers gegenüber denen in seinem Unternehmen tätigen Versicherten nur dann eingreifen, wenn er den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hatte¹⁵⁵⁶. In Absatz 2 wurde die Haftungsfreistellung des Absatz 1 auch auf andere Unternehmer ausgedehnt, in deren Betrieb der Versicherte im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses beschäftigt war¹⁵⁵⁷. § 637 RVO schließlich dehnte die Haftungsprivilegierung des § 636 auf alle Betriebsangehörigen aus, die in dem gleichen Betrieb tätig waren wie der Versicherte¹⁵⁵⁸.

a) Entscheidung des OLG Braunschweig

Das OLG Braunschweig hatte vor diesem Hintergrund am 10. März 1978¹⁵⁵⁹ entschieden, dass nach § 636 RVO die Haftung des Krankenhausträgers für einen Be-

¹⁵⁵¹ Laufs, NJW 1979, S.1230, 1231.

¹⁵⁵² Laufs, NJW 1979, S.1230, 1231.

¹⁵⁵³ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1666.

¹⁵⁵⁴ Husmann, VersR 1978, S.793, 793.

¹⁵⁵⁵ Husmann, VersR 1978, S.793, 793.

¹⁵⁵⁶ Husmann, VersR 1978, S.793, 794.

¹⁵⁵⁷ Husmann, VersR 1978, S.793, 795.

¹⁵⁵⁸ Husmann, VersR 1978, S.793, 796.

¹⁵⁵⁹ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203 ff.

handlungsfehler deshalb ausgeschlossen sei, weil gesetzlich krankenversicherte, stationär behandelte Patienten in die gesetzliche Unfallversicherung einbezogen seien (§ 539 Absatz 1 Nr.17a RVO) und ein ärztlicher Behandlungsfehler im Rahmen einer stationären Behandlung einen Arbeitsunfall darstelle¹⁵⁶⁰.

Es argumentierte im Wesentlichen damit, die stationär behandelte Kassenpatientin im zu entscheidenden Fall gehöre zum ersten zu dem von § 539 Absatz 1 Nr.17a RVO erfassten Personenkreis und falle damit unter die gesetzliche Unfallversicherung¹⁵⁶¹. Es komme für die Zugehörigkeit zum versicherten Personenkreis nämlich nicht zwingend darauf an, ob der Betroffene Dienstleistungen für sich oder einen Dritten erbringe. Entscheidend sei vielmehr der Aufenthalt in einem bestimmten Gefahrenbereich, so dass das Erdulden ärztlicher oder anderer medizinischer Leistungen für eine versicherte Tätigkeit ausreichend sei¹⁵⁶². Damit stelle ein Körperschaden, der durch einen ärztlichen Eingriff im Rahmen einer stationären Behandlung verursacht werde, einen Arbeitsunfall im Sinne des § 539 Absatz 1 Nr.17a RVO dar, weshalb dann die Haftung für einen solchen Arbeitsunfall nach § 636 RVO entfalle¹⁵⁶³.

Die ärztliche Fehlbehandlung stelle nämlich zum zweiten auch einen Arbeitsunfall im Sinne des § 636 RVO dar¹⁵⁶⁴. Nach § 539 Absatz 1 Nr. 17a RVO sollten nämlich künftig alle diejenigen in die Unfallversicherung gegen Arbeitsunfall einbezogen sein, die von einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung eine stationäre Behandlung im Sinne des § 559 RVO erhielten. Die „stationäre Behandlung“ im Sinne des § 559 RVO sei zwar im engeren Sinne die Heilung eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit. Da sie aber eine Heilbehandlung sei, stelle sie auch eine der Leistungsarten dar, die der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 547 RVO nach Eintritt eines Arbeitsunfalls erbringe. Der Gesetzgeber verweise mit dem Hinweis auf § 559 RVO in § 539 Absatz 1 Nr. 17a RVO nicht auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Behandlung, sondern nur auf Art und Umfang der Behandlung. Die „stationäre Behandlung“ sei deshalb gleichbedeutend mit „Krankenhauspflege“ im Sinne des § 184 RVO und damit auch „Krankenhilfe“, die Teil der Leistungen des Trägers der gesetzlichen Krankenversicherung sei (§ 179 Absatz 1 Nr.2 RVO)¹⁵⁶⁵. Zudem liege nach § 543 Absatz 1 RVO dann ein Arbeitsunfall vor, wenn es sich um einen Unfall handle, „den ein Versicherter bei einer der in §§ 539, 540 und 543 bis 545 genannten Tätigkeiten erleidet.“, wobei unter Unfall ein „plötzliches Ereignis mit einem unerwünschten, den Körper schädigenden Erfolg“ zu verstehen sei. Diese Voraussetzungen seien bei einem ärztlichen Behandlungsfehler im Rahmen einer stationären Behandlung auch nach dem oben Gesagten zu bejahen¹⁵⁶⁶.

Außerdem sei die den Versicherungsschutz gewährende Krankenversicherung eine Unternehmerin im Sinne von § 636 Absatz 1 RVO und der Krankenhausträger ein weiterer Unternehmer im Sinne von § 636 Absatz 2 RVO¹⁵⁶⁷. Die Trägerin der gesetzlichen Krankenversicherung sei als Rehabilitationsträgerin gemäß § 658 Absatz 2 Nr. 3 RVO Unternehmerin. Der Krankenhausträger sei „weiterer Unternehmer“ im Sinne des § 636 Absatz 2 RVO und somit, wie der Rehabilitationsträger nach § 636 Absatz 1, von der Haftung frei. Die Grundsätze des mehrseitigen Arbeitsverhältnisses, bei denen ein Unternehmer zusammen mit einem anderen Unternehmer eine

¹⁵⁶⁰ vgl. Dunz, Arzthaftungsrecht, S.14; OLG Braunschweig, NJW 1978, S.1203, 1203.

¹⁵⁶¹ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1203.

¹⁵⁶² OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1204.

¹⁵⁶³ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1203.

¹⁵⁶⁴ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1203.

¹⁵⁶⁵ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1203.

¹⁵⁶⁶ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1203.

¹⁵⁶⁷ vgl. Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1666; OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1204.

Gemeinschaftsarbeit erbringe, seien deshalb anwendbar, weil nur Rehabilitations-träger und Krankenhaus-träger zusammen die Leistung erbringen könnten, indem der eine die Finanzmittel und der andere Einrichtung und Personal zur Verfügung stelle. Der Rehabilitationsträger treffe die Entscheidung über die Behandlung, woraufhin der Patient in den Krankenhausbetrieb eingegliedert werde. Deshalb müsse gemäß § 658 Absatz 2 RVO der für den Rehabilitationsträger zuständige Unfallversicherungsträger die Leistungen im Falle eines Unfalls erbringen¹⁵⁶⁸. Nach § 636 Absatz 2 RVO sei neben der gesetzlichen Krankenversicherung auch der Krankenhaus-träger der Kassenpatientin nicht zum Ersatz des durch den Behandlungsfehler entstandenen Schadens verpflichtet¹⁵⁶⁹. Die Haftungsfreistellung von Ärzten und Pflegepersonal folge schließlich aus § 637 Absatz 1 RVO¹⁵⁷⁰. Der geschädigte, gesetzlich versicherte Patient habe also im Falle eines ärztlichen Behandlungsfehlers im Rahmen einer stationären Behandlung nur einen Anspruch gegen die Unfallversicherung.

b) Reaktionen in der Literatur

Diese Entscheidung des OLG Braunschweig stieß in der Literatur auf heftige Kritik. Die überwiegende Zahl der Autoren lehnte eine Haftungsfreistellung des Krankenhaus-trägers nach § 636 RVO oder des Krankenhauspersonals nach § 637 RVO mit den verschiedensten Argumenten ab.

Zum ersten sei das Sozialversicherungsrecht nicht geeignet, die Arzthaftung abzulösen. Auf diesem Gebiet bestehe keine allgemeine Versorgungsaufgabe und die bisherige Rechtslage sei bestens dazu geeignet, die Interessen des Geschädigten zu schützen und dem Schädiger die entsprechende Belastung aufzuerlegen. Zudem handele es sich nicht um einen Massenvorgang, der einer Kollektivierung zugänglich wäre¹⁵⁷¹. Der Gesetzgeber habe außerdem mit den Änderungen im RehabAnglG gar keine Regelungen in Bezug auf die Arzthaftung für Behandlungsfehler treffen wollen. Es habe vor Einführung des Gesetzes keine nennenswerte Diskussion über die Ablösung der Arzthaftung durch eine gesetzliche Unfallversicherung stattgefunden, so dass schon deshalb nicht anzunehmen sei, der Gesetzgeber habe eine derart tiefgreifende Veränderung der Rechtslage vornehmen wollen. Auch fehlten jegliche Anhaltspunkte hierfür in den Gesetzgebungsmaterialien¹⁵⁷².

Die Rechtsanwendung des OLG Braunschweig gehe vor diesem Hintergrund in mehrfacher Hinsicht fehl. Das Gericht habe den Anwendungsbereich des neuen § 539 Absatz 1 Nr. 17a RVO zu weit verstanden. Aus dem Zusammenhang mit den beiden Nr. c und b derselben Nummer desselben Absatzes und durch den Verweis auf den § 559 RVO gehörten nämlich zum erfassten Personenkreis nur Behinderte als Teilnehmer an medizinischen Maßnahmen zur Rehabilitation, die sich deshalb in stationärer Behandlung befänden¹⁵⁷³. So sprächen die beiden Nummern b und c des § 539 Absatz 1 nur von Teilnehmern an berufsfördernden Maßnahmen zur Rehabilitation. Zudem habe § 559 schon vor Einfügung der neuen Regelung die stationäre Behandlung zur beruflichen Wiedereingliederung nur von solchen Personen geregelt, die durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit körperlichen Schaden genommen hätten¹⁵⁷⁴. Auch aus § 1 des RehabAnglG ergebe sich, dass das ganze Gesetz nur eine Verbesserung des Schutzes rehabilitationsbedürftiger Be-

¹⁵⁶⁸ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1204.

¹⁵⁶⁹ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1204.

¹⁵⁷⁰ OLG Braunschweig NJW 1978, S.1203, 1205.

¹⁵⁷¹ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1659.

¹⁵⁷² Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1668.

¹⁵⁷³ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1668.

¹⁵⁷⁴ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1668.

hinderter bezwecke¹⁵⁷⁵. Somit seien die übrigen Kassenmitglieder gar nicht in den Schutzbereich der gesetzlichen Unfallversicherung mit einbezogen¹⁵⁷⁶.

Ein Schaden, den ein gesetzlich Versicherter im Rahmen einer stationären Behandlung nach § 539 Absatz 1 Nr.17a RVO erleide, stelle zudem keinen Schaden im Sinne eines Arbeitsunfalls dar¹⁵⁷⁷, was aber primäre Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 636 RVO sei. Der Begriff sei zwar im Gesetz in § 548 RVO als „Unfall, den ein Versicherter bei einer der in §§ 539, 540 und 543 bis 545 genannten Tätigkeiten erleidet“ sehr dürftig umschrieben, dafür aber von Rechtsprechung und Literatur konkretisiert worden¹⁵⁷⁸. Es müsse sich daher um ein von außen einwirkendes, zeitlich begrenztes und plötzliches Ereignis handeln, das in einem solchen ursächlichen Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit des Geschädigten stehe, dass der Versicherte aufgrund der Tätigkeit der Gefahr ausgesetzt war, die sich realisiert hat¹⁵⁷⁹. Da der gesetzlich versicherte Arbeitnehmer im Rahmen eines Krankenhausaufenthaltes zu Rehabilitationszwecken seiner üblichen Beschäftigung für seinen Arbeitgeber nicht nachgehe, könne die versicherte Tätigkeit in diesem Sinne nur die aktive Mitwirkung des in der Rehabilitation befindlichen Arbeitnehmers an den Genesungsmaßnahmen sein¹⁵⁸⁰. Die Notwendigkeit einer aktiven Unterstützung der Heilmaßnahmen als Voraussetzung für den Versicherungsschutz ergebe sich aus der begrifflichen Auslegung des § 4 Absatz 1 RehabAnglG, nach dem der Patient verpflichtet sei, „nach Kräften“ an der Rehabilitation mitzuwirken, wodurch die Notwendigkeit aktiver Kraftaufwendung zum Ausdruck komme. Das reine Erdulden medizinischer Maßnahmen scheide als versicherte Tätigkeit aus und damit auch der Versicherungsschutz für dabei erlittene Schäden¹⁵⁸¹.

Eine Haftungsbefreiung des Krankenhausträgers nach § 636 Absatz 1 RVO könne auch deshalb nicht greifen, da der Krankenhausträger gegenüber dem Patienten kein Unternehmer und der Kassenpatient kein Betriebsangehöriger des Krankenhauses sei¹⁵⁸². Im Fall der stationären Behandlung eines Kassenpatienten sei die gesetzliche Krankenversicherung der Unternehmer im Sinne des § 636 Absatz 1. Dies ergebe sich aus § 658 Absatz 2 Nr.3 RVO, der als Unternehmer in diesem Fall den Rehabilitationsträger, und damit nach § 2 Absatz 2 RehabAnglG in Verbindung mit § 2 Absatz 1 Nr.1 RehabAnglG die gesetzliche Krankenversicherung bestimme¹⁵⁸³. Auch eine Haftungsbefreiung des Krankenhausträgers nach § 636 Absatz 2 RVO sollte nicht in Betracht kommen, da der Kassenpatient weder in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert sei noch einer betriebsbezogenen Beschäftigung zugunsten des Krankenhauses nachgehe¹⁵⁸⁴. Der Kassenpatient sei auch nicht in ein Leiharbeitsverhältnis unter Beteiligung der Krankenkasse und des Krankenhausträgers eingebunden¹⁵⁸⁵. Der Patient unterliege nämlich keinesfalls wie ein Arbeitnehmer der Weisungsbefugnis des Krankenhausträgers. Dieser sei vielmehr nicht befugt, ohne die Zustimmung des Patienten irgendwelche Maßnahmen zu ergreifen¹⁵⁸⁶. Diese Regelung könne als eng begrenzte Ausnahmenvorschrift auch nicht analog Anwendung finden¹⁵⁸⁷. Mit der Haftungsprivilegierung werde nämlich der Zweck verfolgt, den Arbeitsfrieden im Betrieb durch das Vermeiden gerichtlicher

¹⁵⁷⁵ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1669.

¹⁵⁷⁶ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1669.

¹⁵⁷⁷ Husmann, VersR 1978, S.793, 797.

¹⁵⁷⁸ Husmann, VersR 1978, S.793, 793.

¹⁵⁷⁹ Husmann, VersR 1978, S.793, 793.

¹⁵⁸⁰ Husmann, VersR 1978, S.793, 794.

¹⁵⁸¹ Husmann, VersR 1978, S.793, 794, 797.

¹⁵⁸² Husmann, VersR 1978, S.793, 797.

¹⁵⁸³ Husmann, VersR 1978, S.793, 795.

¹⁵⁸⁴ Husmann, VersR 1978, S.793, 795.

¹⁵⁸⁵ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1671.

¹⁵⁸⁶ Husmann, VersR 1978, S.793, 796.

¹⁵⁸⁷ Husmann, VersR 1978, S.793, 797.

Auseinandersetzungen zu bewahren. Diese Konfliktsituation bestehe bei der stationären Behandlung eines Kassenpatienten nicht¹⁵⁸⁸.

Die Haftungsbefreiung des Krankenhauspersonals nach § 637 RVO sollte deshalb ausscheiden, weil der Kassenpatient nicht Teil der Betriebsgemeinschaft des Krankenhauses sei und somit auch kein Arbeitskollege des dortigen Personals¹⁵⁸⁹. Eine übertragene Anwendung der Regelung komme ebenfalls nicht in Betracht¹⁵⁹⁰. Hier liege eine völlig andere Situation vor als bei den Arbeitnehmern eines Betriebes oder als in dem von der Rechtsprechung als übertragenem Anwendungsfall zugelassenen Verhältnis von Mitschülern derselben Schule. An die Stelle der betrieblichen oder schulischen Gemeinschaft trete eine Gläubiger- Schuldner- Beziehung. Schon deshalb scheide eine Analogie aus¹⁵⁹¹.

c) Entscheidungen des Bundessozialgerichts und des Bundesgerichtshofs

Dieser Kritik schlossen sich auch zwei oberste Bundesgerichte an. Zuerst lehnte das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung vom 27. Juni 1978¹⁵⁹² den Standpunkt des OLG Braunschweig ab¹⁵⁹³.

Die durch das Misslingen eines ärztlichen Eingriffs hervorgerufene Gesundheitsstörung stelle keinen nach §§ 539 Absatz 1 Nr.17a, 538 RVO entschädigungspflichtigen Arbeitsunfall dar¹⁵⁹⁴. § 539 Absatz 1 Nr.17a RVO wolle nur vor den Risiken speziell einer stationären Behandlung, nicht aber der ärztlichen Behandlung als solcher schützen. Auch widerspräche die gesetzliche Unfallversicherung, die unabhängig vom Verschulden des Verursachers eingreife, der Systematik der Arzthaftung. Zudem käme es nach der Ansicht des OLG Braunschweig zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der stationär gegenüber den ambulant behandelten Patienten. Die Lösung des OLG Braunschweig sei auch deshalb nicht annehmbar, weil die Versicherten durch ihre Beiträge die Haftungsbefreiung des Krankenhausträgers zusammen mit ihren Arbeitgebern finanzieren müssten, während der nach der Rechtsprechung des OLG Braunschweig freigestellte Krankenhausträger keine Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung leisten müsste¹⁵⁹⁵.

Der BGH deutete in einer Entscheidung vom 24. Juni 1980¹⁵⁹⁶ zunächst an, dass er sich, sollte die Frage zu entscheiden sein, ebenfalls nicht dem OLG Braunschweig anschließen würde¹⁵⁹⁷. Später hat auch er zur Frage der Reichweite der Haftungsprivilegierung des § 636 RVO ausdrücklich Stellung genommen¹⁵⁹⁸. Er hat entschieden, dass Krankenhausträger bei Unfällen, in denen den Betroffenen Versicherungsschutz nach § 539 Absatz 1 Nr.17a RVO zukommt, nicht durch die §§ 636, 637 RVO von ihrer Haftpflicht befreit werden¹⁵⁹⁹.

Somit konnte sich aufgrund der Kritik von allen Seiten die Auffassung des OLG Braunschweig nicht durchsetzen und durch das Inkrafttreten des Rehabilitationsanpassungsgesetzes war keine Änderung des Arzthaftungsrechts beabsichtigt gewesen oder eingetreten.

¹⁵⁸⁸ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1671; Husmann, VersR 1978, S.793, 796.

¹⁵⁸⁹ Husmann, VersR 1978, S.793, 797.

¹⁵⁹⁰ Husmann, VersR 1978, S.793, 797.

¹⁵⁹¹ Husmann, VersR 1978, S.793, 797.

¹⁵⁹² BSG NJW 1978, S.2357 ff.

¹⁵⁹³ BSG, NJW 1978, S. 2357ff; vgl. Dunz, Arzthaftungsrecht, S.14.

¹⁵⁹⁴ BSG NJW 1978, S.2357, 2357.

¹⁵⁹⁵ BSG NJW 1978, S.2357, 2358.

¹⁵⁹⁶ BGH SGB 1982, S.41.

¹⁵⁹⁷ vgl. Dunz, Arzthaftungsrecht, S.14.

¹⁵⁹⁸ vgl. Dunz, Arzthaftungsrecht, S.14.

¹⁵⁹⁹ vgl. Laufs, NJW 1982, S.1319, 1320.

2) Europäischer Richtlinienvorschlag

Auf eine Änderung der Rechtslage auch in Bezug auf die Haftung der Ärzte für Behandlungsfehler war dagegen ganz eindeutig der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen vom 9. November 1990 und dessen Vorentwurf gerichtet.

Durch diese Vorschläge sollte die Haftung des Dienstleisters für alle von ihm schuldhaft bei der Erbringung einer Dienstleistung verursachten Schäden unter anderem an der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit von Personen einschließlich aller in unmittelbarem Zusammenhang mit diesen Schäden stehenden finanziellen Einbußen geregelt werden¹⁶⁰⁰. Beim Erlass dieser Richtlinie durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft wäre die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Zieles für die Mitgliedstaaten verbindlich geworden und hätte in nationales Recht umgesetzt werden müssen¹⁶⁰¹.

a) Rechtliche Grundlagen und Begründung der Richtlinie

Die geplante Richtlinie wurde von der Kommission auf Artikel 100 a (a.F.) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gestützt, der als Grundlage zur Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt dienen sollte¹⁶⁰². Daneben wurde auf die Entschließung des Rates vom 8. November 1989 verwiesen, wonach „im Zuge der Neubelebung der Verbraucherschutzpolitik“ auch Maßnahmen zur europaweiten Förderung der Dienstleistungssicherheit durchgeführt werden sollten¹⁶⁰³. Der Erlass dieser Dienstleistungsrichtlinie wurde nämlich mit der wirtschaftlichen Bedeutung des Dienstleistungssektors und der in den einzelnen Mitgliedsstaaten teilweise recht unterschiedlichen Lage der durch eine Dienstleistung Geschädigten begründet. So waren die wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit dem Schadensersatz, wie etwa das Vorliegen eines Schadens, die Fragen des Verschuldens und der Kausalität, sowie der Ausgleich für Drittgeschädigte häufig unterschiedlich geregelt. Diese gesetzlichen Unterschiede würden durch die Verschiedenheit in der Rechtsprechung noch verstärkt¹⁶⁰⁴. Durch diese unterschiedliche Rechtslage werde der Wettbewerb in den Mitgliedsstaaten verzerrt und dies wiederum gebiete eine Maßnahme auf Gemeinschaftsebene. Deshalb enthalte der Richtlinienvorschlag eine einheitliche Haftungsregelung, die vor allem eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Geschädigten beinhalte und sich auf Körper- und Sachschäden beschränke¹⁶⁰⁵. Ziel der Richtlinie war es somit in erster Linie, den Verbraucherschutz im europäischen Binnenmarkt für Dienstleistungen zu stärken.

Neben dem Schutz der Verbraucherinteressen wurde als weitere mögliche Motivation speziell für die Einbeziehung der Ärzte in die Dienstleistungsrichtlinie auch die Tatsache genannt, dass in den südeuropäischen Ländern zwar theoretisch eine Haftung der Ärzte für Behandlungsfehler vorgesehen war, in der Praxis aber so gut wie gar nicht zur Anwendung kam, so dass hier die Gewährleistung eines Mindeststandards nötig war¹⁶⁰⁶.

b) Inhalt

Der Wortlaut des auf zwei Vorentwürfe folgenden¹⁶⁰⁷ offiziellen Vorschlags der Richtlinie lautete:

¹⁶⁰⁰ Giesen, JR 1991, S.485, 490.

¹⁶⁰¹ Fahrenhorst, ZRP 1992, S.60, 61.

¹⁶⁰² Gaidzik, JR 1992, S.323, 324; Skaupy, BB 1991, S.2021, 2021.

¹⁶⁰³ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2022.

¹⁶⁰⁴ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2021.

¹⁶⁰⁵ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2021.

¹⁶⁰⁶ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

¹⁶⁰⁷ Baumgärtel, JZ 1992, S.321, 321.

„Artikel 1 - Grundsatz

(1) Der Dienstleistende haftet für den Schaden, der durch sein Verschulden bei Erbringung der Dienstleistung an Gesundheit und körperlicher Unversehrtheit der Personen sowie an der Unversehrtheit beweglicher oder unbeweglicher Sachen, einschließlich solcher, die Gegenstand der Dienstleistung sind, verursacht worden ist.

(2) Es obliegt dem Dienstleistenden, sein Nichtverschulden zu beweisen.

(3) Bei der Beurteilung des Verschuldens ist zu berücksichtigen, ob das Verhalten des Dienstleistenden unter normalen und vorhersehbaren Bedingungen die Sicherheit gewährleistet, die berechtigterweise erwartet werden kann.

(4) Die Tatsache allein, dass es zum Zeitpunkt der Erbringung der Dienstleistung oder danach eine bessere Dienstleistung gab oder die Möglichkeit dazu, begründet kein Verschulden.

Artikel 2 - Definition der Dienstleistung

„Dienstleistung“ im Sinne dieser Richtlinie ist jede im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Dienstes in unabhängiger Weise erbrachte entgeltliche oder unentgeltliche Leistung, die nicht unmittelbar und ausschließlich die Herstellung von Gütern oder die Übertragung dinglicher Rechte oder von Urheberrechten zum Gegenstand hat. Die Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit dienen. Sie gilt nicht für Pauschalreisen, noch für Dienstleistungen im Zusammenhang mit Abfällen. Sie gilt ferner nicht für Schäden, bei denen die Frage der Haftung bereits durch internationale, von den Mitgliedsstaaten oder der Gemeinschaft ratifizierte Übereinkommen geregelt ist.

Artikel 3 - Definition des Dienstleistenden

(1) Der Begriff „Dienstleistender“ bezeichnet jede natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Dienstes eine Dienstleistung nach Artikel 2 erbringt.

(2) Eine Person gilt auch dann als Dienstleistender im Sinne dieser Richtlinie, wenn sie zur Erbringung ihrer Dienstleistung die Dienste eines Vertreters oder eines anderen rechtlich abhängigen Vermittlers in Anspruch nimmt.

(3) Ist der Dienstleistende nach Absatz 1 jedoch nicht in der Gemeinschaft niedergelassen, so gilt –unbeschadet seiner Haftung– der Vertreter bzw. der rechtlich abhängige Vermittler, der die Dienstleistung in der Gemeinschaft erbringt, als Dienstleistender im Sinne dieser Richtlinie¹⁶⁰⁸.

Artikel 4 - Definition des Schadens

Der Begriff „Schaden“ bezeichnet

a) den unmittelbaren Schaden, der durch den Tod oder irgendeine Beeinträchtigung der Gesundheit oder körperlichen Unversehrtheit von Personen verursacht worden ist;

b) den unmittelbaren Schaden, der durch irgendeine Beeinträchtigung der Unversehrtheit beweglicher oder unbeweglicher Sachen, einschließlich Tieren, verursacht worden ist, sofern diese Sachen i) ihrer Art nach normalerweise zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt sind und ii) vom Geschädigten hauptsächlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt oder verwendet worden sind;

c) alle finanziellen Schäden, die unmittelbar von den unter den Punkten a) und b) genannten Schäden herrühren.

Artikel 5 - Beweise

¹⁶⁰⁸ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.126.

Der Geschädigte hat den Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen der Dienstleistung und dem Schaden zu beweisen.¹⁶⁰⁹

Nach Artikel 6 Ziffer 1) sollte der Dienstleister auch dann haften, wenn die Handlung eines Dritten und nicht sein eigenes Verschulden den Schaden verursacht hatte¹⁶¹⁰. Artikel 7 untersagte eine Begrenzung oder einen Ausschluss der dem Dienstleistenden aufgrund der Richtlinie obliegenden Haftung¹⁶¹¹. Gemäß Artikel 9 und 10 der Richtlinie sollten die Ansprüche nach einer Frist von fünf Jahren ab Erbringung der schädigenden Diensthandlung erlöschen und nach einer Frist von drei Jahren ab vollständiger Kenntnis von Schaden und Person des Dienstleisters verjähren¹⁶¹².

Diese Bestimmungen sollten in Bezug auf die Arzthaftung folgendermaßen ausgelegt werden:

Voraussetzung für die Einstandspflicht sollte nach der Richtlinie die schuldhafte Verursachung eines Schadens durch eine Dienstleistung sein¹⁶¹³.

Trotz des Wortlauts „gewerbliche Tätigkeit“ in Artikel 2 Absatz 2 sollten auch die freien Berufe von der Haftungsregelung erfasst sein, da die Kommission nicht wie das deutsche Recht zwischen gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit unterschied¹⁶¹⁴. „Gewerblich“ war hier im Sinne von „geschäftsmäßig“ zu verstehen, so dass sowohl die Tätigkeit der freiberuflichen als auch die der im Angestelltenverhältnis tätigen Ärzte erfasst sein sollte¹⁶¹⁵. Für diese Auslegung sprach auch der Wortlaut der französischen Fassung der Richtlinie, nach dem jede „berufliche“ Tätigkeit erfasst sein sollte¹⁶¹⁶.

Dem Arzt sollte der Beweis obliegen, dass ihn an der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Patienten kein Verschulden treffe. Maßstab für das Verschulden des Arztes sollte die Erwartung des Patienten sein, durch die Dienstleistung in Form der Behandlung nicht in seiner körperlichen Unversehrtheit verletzt zu werden¹⁶¹⁷. Auch der Fehler des Arztes sollte vom Patienten nicht mehr nachgewiesen werden müssen. Mit der Beweislastregelung in Artikel 1 Absatz 2 und 3 sollte nämlich nicht nur die subjektive Vorwerfbarkeit, also das Verschulden, sondern auch die objektive Pflichtwidrigkeit im Sinne der Fehlerhaftigkeit der Dienstleistung vermutet werden¹⁶¹⁸. Der Arzt sollte sich somit nach dem Richtlinienentwurf sowohl von der Vermutung des Behandlungsfehlers als auch von der des Verschuldens entlasten müssen. Mit dieser generellen Beweislastumkehr sollte zum einen dem insofern besonderen Charakter der Dienstleistungen Rechnung getragen werden, dass die Dienstleistung im Augenblick des Schadenseintritts nicht greifbar ist. Zum zweiten sollte der Umstand Berücksichtigung finden, dass typischerweise der Dienstleister und nicht der Dienstleistungsempfänger über die zur Aufklärung des Geschehens notwendigen Sachkenntnisse verfüge¹⁶¹⁹.

Für den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität, der dem Patienten oblag, sollte ausreichend sein, wenn dem Patienten der Beweis gelang, dass die Dienst-

¹⁶⁰⁹ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.127.

¹⁶¹⁰ Giesen, JR 1991, S.485, 490; Skaupy, BB 1991, S.2021, 2024.

¹⁶¹¹ Giesen, JR 1991, S.485, 490; Skaupy, BB 1991, S.2021, 2024.

¹⁶¹² Giesen, JR 1991, S.485, 490; Skaupy, BB 1991, S.2021, 2024.

¹⁶¹³ Gaidzik, JR 1992, S.323, 324.

¹⁶¹⁴ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2022.

¹⁶¹⁵ Gaidzik, JR 1992, S.323, 324.

¹⁶¹⁶ Fahrenhorst, ZRP 1992, S.60, 61.

¹⁶¹⁷ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 7.

¹⁶¹⁸ Baumgärtel, JZ 1992, S.321, 321.

¹⁶¹⁹ Baumgärtel, JZ 1992, S.321, 322; Giesen, JR 1991, S.485, 490.

leistung als solche ursächlich für den eingetretenen Schaden war¹⁶²⁰, d.h. dass der Körperschaden auf keine Fremdur sache zurückzuführen war¹⁶²¹.

Als Schaden sollten nach der zitierten Definition und dem dazu ergangenen Kommentar der Kommission alle materiellen Schäden gewertet werden, nicht aber wirtschaftliche Schäden oder Gewinnausfall und auch nicht Folgeschäden, die keinen direkten Zusammenhang mit der Unversehrtheit der verletzten Güter aufwiesen, wie etwa Selbstmord. Genauer es sollte der nationalen Regelung überlassen bleiben, ebenso wie die Regelung für die immateriellen Schäden¹⁶²². Da der berechnigte Personenkreis nicht eingegrenzt war, sollten auch Ansprüche Dritter, etwa Rentenan sprüche bei Unterhaltsberechtigten umfasst sein¹⁶²³.

c) Kritik

Der Entwurf der Richtlinie stieß überwiegend auf zum Teil auch heftige Kritik¹⁶²⁴.

Zum einen wurde schon die Kompetenz der Kommission für den Erlass einer Richtlinie dieses Inhalts bezweifelt.

Die Kommission könne sich nicht auf Artikel 100 a EWG-Vertrag berufen, weil die unterschiedlichen Rechtslagen in den einzelnen Mitgliedsstaaten im Bereich der Arzthaftung nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könnten. So wäre zum einen für die Ärzte bei der Wahl eines Niederlassungsortes oder einer Dienstleistungserbringung die Haftungssituation im Aufnahme staat kein entscheidendes Kriterium. Auf der anderen Seite wäre für die Patienten bei der Wahl des Arztes das Vertrauen in dessen Fähigkeiten und nicht die Haftungslage ausschlaggebend, wenn man hier überhaupt von einer grenzüberschreitenden Auswahl ausginge¹⁶²⁵. Einer grenzüberschreitenden Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen stünde schon die Tatsache entgegen, dass der Anspruch sozialversicherter Patienten, also von über 90 % der deutschen Bevölkerung, nach § 16 Absatz 1 Nr.1 SGB V auf das Bundesgebiet beschränkt sei. Eine Kostenerstattung für eine Behandlung im Ausland finde nur ausnahmsweise statt. Somit sei ein grenzüberschreitender Wettbewerb ohne Änderung dieser Regelung nicht zu erwarten¹⁶²⁶. In diese Richtung ging auch die Argumentation des Bundesrates, der in einer Stellungnahme vom 26. April 1991 schwere Bedenken dagegen äußerte, dass die Kommission ihre Zuständigkeit auf Art. 100 a stützen wollte¹⁶²⁷. Aber auch die Anwendbarkeit des Artikels 100 a selbst schien dem Bundesrat schon fraglich, da in Fragen der Herstellung der Dienstleistungsfreiheit als Grundlage für Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft wohl eher Artikel 57 Absatz 2 i.V.m. Artikel 66 EWG in Betracht komme, was die Erforderlichkeit der Regelung für eine Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs voraussetze¹⁶²⁸. Darüber hinaus fehle der Europäischen Gemeinschaft die Kompetenz, die hoheitlichen Handlungen der Mitgliedstaaten zu regeln wie es durch die Vereinheitlichung auch des Haftungsrechts des öffentlichen Dienstes geschehen sei¹⁶²⁹.

Daneben stieß auch der Inhalt des Entwurfs auf Ablehnung. So sei zum ersten der Anwendungsbereich der Richtlinie zu weit, da hiervon auch unentgeltliche Dienstleistungen erfasst würden, die aber häufig den Charakter einer Gefälligkeit trü-

¹⁶²⁰ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 7.

¹⁶²¹ Baumgärtel, JZ 1992, S.321, 323.

¹⁶²² Skaupy, BB 1991, S.2021, 2023, 2024.

¹⁶²³ Gaidzik, JR 1992, S.323, 324.

¹⁶²⁴ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 149.

¹⁶²⁵ Deutscher Ärztetag, MedR 1991, S.165, 166; Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 151.

¹⁶²⁶ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 151.

¹⁶²⁷ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2022.

¹⁶²⁸ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2022.

¹⁶²⁹ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2022.

gen¹⁶³⁰. Kritisiert wurde außerdem in Bezug auf die erfassten Schäden, dass für das Vorliegen eines Schadens im Sinne der Richtlinie jede Beeinträchtigung der Gesundheit ausreichend sei. Dies stünde im Widerspruch dazu, dass der Patient durch die Krankheit bereits vorbelastet sei, und dass der Arzt keinen Behandlungserfolg schulde¹⁶³¹. Auf Ablehnung stieß der Entwurf in Bezug auf die Haftungsvoraussetzungen auch deshalb, weil nur solche Schäden erfasst sein sollten, die „bei Erbringung“ der Dienstleistung hervorgerufen worden seien. Die Fälle des Unterlassens oder der verzögerten Erbringung seien damit nicht erfasst¹⁶³². Zudem wurde angemerkt, die „Beurteilung des Verschuldens“ nach Artikel 1 Ziffer 3 sei unlogisch, da das Verschulden aufgrund der Beweislastverteilung ja vermutet werde und deshalb auch nicht mehr, insbesondere nicht so ungenau wie in dem Entwurf, definiert werden müsse¹⁶³³.

Besonders heftig wurde der Richtlinienentwurf aber wegen der dort vorgesehenen Verteilung der Beweislast kritisiert. Die pauschale Umkehr der Beweislast könne auch dann zu einer Haftung führen, wenn der Arzt die Regeln der ärztlichen Kunst eingehalten habe. Dies würde in der Praxis zu einer Gefährdungs- oder Erfolgshaftung führen, die mit dem Wesen der Heilbehandlung nicht vereinbar wäre¹⁶³⁴, weil der Schaden hier nämlich oft Folge der Vorbelastung des Behandelten durch die Krankheit und nicht der Behandlung selbst sei¹⁶³⁵ und ein Nachweis des Nichtverschuldens für den Arzt häufig nur sehr schwer möglich sei¹⁶³⁶. Diese Belastung der Ärzte mit dem überwiegenden Teil der Beweislast hätte ferner negative Folgen für den Behandlungsalltag. So müssten Ärzte und Krankenhäuser ihre Dokumentationen erheblich ausweiten, um im Streitfall ihrer Beweisspflicht genügen zu können¹⁶³⁷. Außerdem bestünde durch die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Haftung die Gefahr einer defensiven Medizin¹⁶³⁸. Die Erweiterung des Haftungsrisikos der Ärzte würde aber nicht nur deren Berufsausübung beeinträchtigen, sondern auch das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ganz erheblich belasten¹⁶³⁹. Zudem würde die steigende Zahl an durchsetzbaren Ansprüchen zu einer Erhöhung der Versicherungsprämien für die Ärzte¹⁶⁴⁰ und damit unter Umständen auch zu einer Verteuerung der Dienstleistungen und einem Anstieg der Kosten im Gesundheitswesen führen¹⁶⁴¹. Die generelle Beweislast zu Lasten der Ärzte sei zudem gar nicht erforderlich, da der BGH durch zahlreiche Modifikationen im Bereich des Beweisrechts die tendenziell unterlegene Stellung der Patienten interessengerecht ausgeglichen habe¹⁶⁴².

Aber nicht nur die Beweislast der Ärzteschaft stieß auf Ablehnung, sondern auch die der Patienten wurde kritisiert. Die Beweislast für die Kausalität zwischen Behand-

¹⁶³⁰ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2022.

¹⁶³¹ Deutscher Ärztetag, MedR 1991, S.165, 165.

¹⁶³² Hirte, Berufshaftung, S.231.

¹⁶³³ Skaupy, BB 1991, S.2021, 2023.

¹⁶³⁴ Dierks/ Graf-Baumann/ Wienke, MedR 1996, S.349, 349; Fahrenhorst, ZRP 1992, S.60, 62; Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 155; Laufs, NJW 1996, S.2413, 2414; Skaupy, BB 1991, S.2021, 2023.

¹⁶³⁵ Gaidzik, JR 1992, S.323, 326; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 7.

¹⁶³⁶ Gaidzik, JR 1992, S.323, 326; Skaupy, BB 1991, S.2021, 2023.

¹⁶³⁷ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 156; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

¹⁶³⁸ Deutscher Ärztetag, MedR 1991, S.165, 166; Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 156; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

¹⁶³⁹ Deutscher Ärztetag, MedR 1991, S.165, 165; Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 156; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 10.

¹⁶⁴⁰ Deutscher Ärztetag, MedR 1991, S.165, 166; Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 155.

¹⁶⁴¹ Hirte, Berufshaftung, 236; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

¹⁶⁴² Fahrenhorst, ZRP 1992, S.60, 62.

lung und Schaden würde nämlich den Patienten wesentlich stärker benachteiligen als das bestehende Recht¹⁶⁴³, da die inzwischen von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Erleichterungen oder die Umkehr der Beweislast nicht zur Anwendung kämen¹⁶⁴⁴.

Kritisiert wurde auch, dass eine Harmonisierung der Haftung keinen Sinn mache, so lange man nicht auch den geschuldeten Behandlungsstandard vereinheitliche. Die bestehenden Unterschiede im Leistungsstandard zwischen den einzelnen Staaten setzten sich nämlich zwangsläufig in der Haftung fort¹⁶⁴⁵.

d) Rücknahme

Aufgrund dieser Kritik und um den Besonderheiten einiger Berufszweige Rechnung tragen zu können, hatte die Kommission zunächst Sonderrichtlinien unter anderem auch für den medizinischen Bereich in Aussicht gestellt, die zur gleichen Zeit wie die allgemeine Richtlinie in Kraft treten sollten¹⁶⁴⁶. Der Inhalt einer solchen möglichen Sonderrichtlinie für die Heilberufe wurde allerdings nicht veröffentlicht.

Auch den Entwurf der allgemeinen Richtlinie nahm die Kommission am 23. Juni 1994 aufgrund des heftigen Widerspruchs zur Überarbeitung zurück¹⁶⁴⁷. Sie kündigte aber an, die Änderungsbemühungen auf dem Gebiet der Dienstleistungen fortsetzen zu wollen. Auch brachte sie zum Ausdruck, weiterhin den Besonderheiten einzelner Branchen, so etwa denen des Gesundheitswesens, Rechnung tragen zu wollen¹⁶⁴⁸.

Nach Rücknahme der Richtlinie legte die Kommission entgegen diesen Ankündigungen jedoch keinen neuen Entwurf vor. Die Kommission wurde aber durch eine EntschlieÙung des Europäischen Parlaments aus dem Jahre 1998 aufgefordert, „Vorschläge für eine Stärkung der Patientenrechte auf europäischer Ebene auszuarbeiten und in diesem Zusammenhang eine Studie über die nationalen Regelungen bezüglich Schadensersatzsystemen im Falle von Behandlungsfehlern vorzulegen.“¹⁶⁴⁹. Sie veranlasste deshalb die Erstellung eines Gutachtens zur Ermittlung eines vollständigen und aktualisierten Überblicks über die „Relation Verbraucher/medizinische Dienste in den einzelnen Mitgliedsstaaten“, möglicherweise, um den Handlungsbedarf abschätzen zu können und eine Grundlage für eventuelle Maßnahmen zu erhalten¹⁶⁵⁰. Die Kernfragen dieses Gutachtens sollten die Organisation des Gesundheitssystems, die Einzelheiten der zivilrechtlichen Haftung, die strafrechtliche und disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit, Einzelfragen des gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahrens und Reformvorschläge sein¹⁶⁵¹.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang auch zwei Entscheidungen des EuGH vom 28. April 1998¹⁶⁵², nach denen ein Verstoß gegen die Dienstleistungs- bzw. Warenverkehrsfreiheit vorliegt, wenn nach nationalen Regelungen die Kostenerstattung für Zahnbehandlungen oder der Erwerb einer Brille im europäischen Ausland nur dann möglich ist, wenn die entsprechende Maßnahme

¹⁶⁴³ Dierks/ Graf-Baumann/ Wienke, MedR 1996, S.349, 350; Laufs, NJW 1996, S.2413, 2414.

¹⁶⁴⁴ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 156; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 10.

¹⁶⁴⁵ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 153.

¹⁶⁴⁶ Baumgärtel, JZ 1992, S.321, 321; Weyland, Arzthaftungsrecht, S.6.

¹⁶⁴⁷ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 149; Weber, NJW 1997, S.761, 761; Weyland, Arzthaftungsrecht, S.6.

¹⁶⁴⁸ Schalast/ Voigtländer- Tetzner, VersR 1994, S.1266, 1267; Weyland, Arzthaftungsrecht, S.7.

¹⁶⁴⁹ Weyland, Arzthaftungsrecht, S.8, 9.

¹⁶⁵⁰ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 157.

¹⁶⁵¹ Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149, 157.

¹⁶⁵² EuGH NJW 1998, S.1771 ff; EuGH NJW 1998, S.1769 ff.

vorher vom Sozialversicherungsträger genehmigt worden ist¹⁶⁵³. Damit können nun auch deutsche, gesetzlich versicherte Patienten ärztliche Leistungen im Ausland in Anspruch nehmen, so dass die wichtigste Voraussetzung für einen europaweiten Wettbewerb auch im medizinischen Sektor geschaffen ist. Dabei dürfte in bestimmten Fällen bei der Wahl des Arztes neben der Qualität und den Kosten auch die Haftungssituation im jeweiligen Land eine entscheidende Rolle spielen, so dass die Frage nach einer Vereinheitlichung der Haftungssituation in Europa neue Aktualität erlangt haben dürfte¹⁶⁵⁴. Eine gesetzliche Regelung ist jedoch bislang seit Scheitern des Richtlinienentwurfs ausgeblieben.

3) Strafrechtliche Reformpläne

Eine andere, letztlich aber ebenfalls nicht umgesetzte Überlegung zu einer Umgestaltung der Rechtslage auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts war der Ende der neunziger Jahre wieder aufgegriffene Vorschlag, einen eigenen Straftatbestand für eigenmächtige Heilbehandlungen zu schaffen. Das Bundesjustizministerium veröffentlichte am 18. Oktober 1996 den Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, der entsprechende Regelungen enthielt¹⁶⁵⁵.

a) Wortlaut

Es war vorgesehen, neue Strafvorschriften über die „Eigenmächtige Heilbehandlung“ in § 229 StGB und die „Fehlerhafte Heilbehandlung“ in § 230 StGB¹⁶⁵⁶ unter dem Oberbegriff „Recht der Heilbehandlung“ aufzunehmen¹⁶⁵⁷.

Der geplante Wortlaut war folgender:

„§ 229 (Eigenmächtige Heilbehandlung)

(1) Wer ohne wirksame Einwilligung bei einer anderen Person einen körperlichen Eingriff oder eine andere deren körperliche Integrität oder deren Gesundheitszustand nicht nur unwesentlich beeinflussende Behandlung vornimmt, um bei ihr oder ihrer Leibesfrucht vorhandene oder künftige körperliche oder seelische Krankheiten, Schäden, Leiden, Beschwerden oder Störungen zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder ihnen vorzubeugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. § 226 gilt sinngemäß.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Behandlung

1. der Erprobung einer neuen Behandlungsmethode dient, ohne dass dies im Interesse der behandelten Person oder ihrer Leibesfrucht geboten ist, oder
2. unter Abwägung des mit ihr verfolgten Zwecks und einer mit ihr für die behandelte Person verbundenen Gefährdung nicht verantwortet werden kann.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass

1. sie unter den in Absatz 2 Satz 2 genannten Voraussetzungen begangen ist oder
2. die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Stirbt die verletzte Person, so geht das Antragsrecht nach § 77 Absatz 2 auf die Angehörigen über.

§ 230 (Fehlerhafte Heilbehandlung)

¹⁶⁵³ EuGH NJW 1998, S. 1771, 1773; EuGH NJW 1998, S.1769, 1771; vgl. Weyland, Arzthaftungsrecht, S.10.

¹⁶⁵⁴ Weyland, Arzthaftungsrecht, S.13.

¹⁶⁵⁵ Freund, ZStW 1997, S.455, 455.

¹⁶⁵⁶ Freund, ZStW 1997, S.455, 465.

¹⁶⁵⁷ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 158.

(1) Wer fahrlässig durch einen Behandlungsfehler eine andere Person im Rahmen einer der in § 229 Absatz 1 Satz 1 bezeichneten Zwecke dienenden Behandlung an ihrer Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 229 Absatz 3 Satz 1 Nr.2, Satz 2 gilt entsprechend.¹⁶⁵⁸.

b) Begründung

Begründet wurde dieser erneute Reformversuch wie auch schon die früheren damit, dass mit einem neuen Sonderstraftatbestand der alte und wieder neu aufgekommene, aber noch mit den alten Argumenten geführte¹⁶⁵⁹ Streit über die tatbestandliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung beseitigt werden könne¹⁶⁶⁰. Nur mit der Schaffung eines eigenen Tatbestandes könne die sachwidrige Einordnung des Heileingriffs als tatbestandsmäßige Körperverletzung überwunden werden und die damit verbundenen notwendigen Fiktionen könnten hinfällig werden¹⁶⁶¹. Die bestehende Rechtslage gewähre keinen angemessenen Schutz für das dem Patienten verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht, da die Vorschriften über die Körperverletzung insofern nicht passten. So ließe sich nämlich ein medizinisch indizierter, ordnungsgemäß ausgeführter und der Gesundheit förderlicher Eingriff nur schwer allein deshalb unter den Grundtatbestand der Körperverletzung subsumieren, weil die Einwilligung des Patienten fehle. Es komme hinzu, dass der Arzt in einem solchen Fall Gefahr laufe, einen Qualifikationstatbestand des § 224 StGB zu erfüllen, obwohl weder der Grundtatbestand noch die Qualifikation den Unrechtsgehalt der eigenmächtigen Handlung erfassen könnten¹⁶⁶². Es sei außerdem unbillig, einen fahrlässigen Behandlungsfehler allein deshalb als Körperverletzung einzuordnen, weil die vorhandene Einwilligung sich nur auf kunstgerechte Maßnahmen beziehe¹⁶⁶³. Da somit die alte Rechtslage der Problematik der ärztlichen Behandlungsfehler nicht gerecht werde, sollten neue Rechtsgrundlagen für die Erfassung derartiger Fälle geschaffen werden, die allerdings die Anwendbarkeit der alten Vorschriften über die Tötungsdelikte unberührt lassen sollten¹⁶⁶⁴.

Dabei sollte wesentlich auf den mit der zu beurteilenden Maßnahme verfolgten Zweck abgestellt werden, um den Arzt nicht mit einem Erfolgsrisiko zu belasten. Die §§ 229, 230 StGB-E sollten auch alle Behandlungen zu Heilzwecken erfassen, egal, ob von Ärzten oder von Nichtärzten ausgeübt. Dagegen sollten nicht auf derartige Zwecke gerichtete Handlungen, wie etwa vorgetäuschte Heilbehandlungen oder Behandlungen mit experimentellen Zielen, weiterhin als tatbestandsmäßige Körperverletzungen strafbar sein können¹⁶⁶⁵. Für die Anwendbarkeit des § 229 StGB sollte nicht erforderlich sein, dass der Eingriff medizinisch indiziert oder nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wurde, da Selbstbestimmungsrecht und körperliche Unversehrtheit auch unabhängig hiervon verletzt sein könnten. Ein Handeln könne allerdings dann den Charakter als Heilbehandlung verlieren, wenn die Indikation wissentlich fehle¹⁶⁶⁶. Werde die fehlende Indikation fahrlässigerweise übersehen, könne § 230 StGB zur Anwendung kommen, ebenso wie wenn die Gesundheitsschädigung durch einen fahrlässigen Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verursacht werde. Hätte der Behandelnde darüber hinaus ohne die Einwilligung des

¹⁶⁵⁸ Freund, ZStW 1997, S.455, 465, 466; Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 156.

¹⁶⁵⁹ Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 355 bis 359; Meyer, GA 1998, S.415, 415 bis 420.

¹⁶⁶⁰ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 156.

¹⁶⁶¹ Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 373.

¹⁶⁶² Müller, DRiZ 1998, S.155, 157.

¹⁶⁶³ Müller, DRiZ 1998, S.155, 157.

¹⁶⁶⁴ Müller, DRiZ 1998, S.155, 157.

¹⁶⁶⁵ Müller, DRiZ 1998, S.155, 157.

¹⁶⁶⁶ Müller, DRiZ 1998, S.155, 157.

Behandelten eingegriffen, so stünden die beiden neuen Tatbestände in Tateinheit¹⁶⁶⁷.

c) Bewertung

In Übereinstimmung mit der Begründung wurden zum Teil die positiven Aspekte der Reformpläne hervorgehoben. So sah man etwa als vorteilhaft, dass durch die Einführung eines Sonderstraftatbestandes klargestellt werde, dass die ordnungsgemäß durchgeführte ärztliche Heilbehandlung nicht mehr unter den Tatbestand der Körperverletzung subsumiert werden sollte¹⁶⁶⁸. Auch die geplante Einführung des Antragerfordernisses in § 229 Absatz 3 Satz 1 des Entwurfs wurde begrüßt. Dadurch werde entsprechend der Betroffenheit eines höchstpersönlichen Rechtsguts die Verfolgung von der Entscheidung des Patienten abhängig gemacht und die Heilbehandlung „entkriminalisiert“¹⁶⁶⁹. Es wurde ferner darauf hingewiesen, dass mit den Änderungen im Strafrecht auch positive Änderungen im Zivilrecht verbunden sein könnten. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung müsse auch hier der Wechsel von der Körperverletzung zur Persönlichkeitsrechtsverletzung vollzogen werden¹⁶⁷⁰. Dies führe beweisrechtlich dazu, dass die ordnungsgemäße Aufklärung als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung nicht mehr Rechtfertigungselement, sondern Tatbestandsmerkmal und damit nicht mehr vom Arzt sondern vom Patienten nachzuweisen wäre. Dies könnte vor allem zu dem Vorteil führen, dass die Aufklärungspflichtverletzung ihre Bedeutung als Auffangtatbestand verlieren könnte. Unbilligkeiten für die beweisbelasteten Patienten könnten durch Beweiserleichterungen und Modifikationen der Beweislast in speziellen Fällen vermieden werden¹⁶⁷¹.

Der neue Reformentwurf stieß aber überwiegend auf Ablehnung. Zum ersten wurde kritisiert, dass als Anknüpfungspunkt für die Sonderregelung des § 229 nicht die kunstgerechte Heilbehandlung, sondern nur die Zwecksetzung unter Umständen auch des behandelnden Laien herangezogen wurde. Dieses subjektive Element könne aber alleine systematisch nicht ausreichen, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit auszuschließen¹⁶⁷². Auch ließe sich der Heilzweck einer Handlung nicht immer unzweifelhaft feststellen und man stieße bei subjektiven Zwecksetzungen häufig auf Beweisschwierigkeiten¹⁶⁷³. Dadurch bestünde die Gefahr, dass mancher Täter bei Vorgeben eines Heilzwecks unberechtigt durch den Ausschluss der Körperverletzungsvorschriften privilegiert werde¹⁶⁷⁴. Durch die fehlende Beschränkung der Strafbarkeit nur auf Ärzte seien außerdem auch andere Berufsgruppen, wie Masseur und Physiotherapeuten erfasst, denen dadurch eine bisher nicht oder nicht in diesem Maße bestehende Aufklärungspflicht über die jeweilige Behandlung auferlegt würde. Dies führe nicht nur zu einer neuen Belastung vieler Berufsgruppen ohne tatsächliche Notwendigkeit, sondern berge auch die Gefahr, dass die fehlende Aufklärung auch in diesen Fällen missbraucht werde, um einer Zahlungspflicht zu entgehen¹⁶⁷⁵. Des Weiteren sei die nur unwesentliche Beeinflussung durch den Eingriff ein zu unbestimmtes Kriterium, um die Strafbarkeit davon abhängig zu machen¹⁶⁷⁶. Zum Teil wurde auch die Voraussetzung „ohne wirksame Einwilligung“ in § 229 Absatz 1 als zu unbestimmt abgelehnt, weil die Fragen um Umfang und Inhalt

¹⁶⁶⁷ Müller, DRiZ 1998, S.155, 158.

¹⁶⁶⁸ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 158.

¹⁶⁶⁹ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 160.

¹⁶⁷⁰ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 160.

¹⁶⁷¹ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 161.

¹⁶⁷² Freund, ZStW 1997, S.455, 477; Meyer, GA 1998, S.415, 424; Müller, DRiZ 1998, S.155, 159.

¹⁶⁷³ Freund, ZStW 1997, S.455, 477; Müller, DRiZ 1998, S.155, 159.

¹⁶⁷⁴ Meyer, GA 1998, S.415, 425.

¹⁶⁷⁵ Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.35, 36.

¹⁶⁷⁶ Schreiber, in: FS Hirsch, S.713, 720; Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.30.

der Aufklärung als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung zu unklar und umstritten seien¹⁶⁷⁷.

Als problematisch wurde auch das Regelbeispiel in § 229 Absatz 2 Satz 2 Nr.2 des Entwurfs gesehen. Die Zweck-Gefahr-Relation einer Behandlung könne oftmals nur sehr schwer abgeschätzt werden, und im Falle eines evidenten Missverhältnisses könne schon das Vorliegen einer Heilbehandlung fraglich sein. Aufgrund dieser Unbestimmtheit bestehe deshalb die Gefahr, dass die Abgrenzung zur Körperverletzung erschwert werde¹⁶⁷⁸. Darüber hinaus wurden die Regelbeispiele in § 229 Absatz 2 sogar teilweise als vollständig überflüssig angesehen, da in den dort angesprochenen Fällen entweder gar keine Heilbehandlungen mehr vorlägen und damit die Körperverletzungsvorschriften zur Anwendung kämen¹⁶⁷⁹ oder zumindest an versuchte Körperverletzung oder versuchten Totschlag zu denken wäre¹⁶⁸⁰.

Als problematisch wurde zudem beurteilt, dass zwar in § 229 Absatz 3 grundsätzlich die Einordnung als Antragsdelikt vorgenommen werde. Durch die Ausnahme der Nr. 2, die Verfolgung von Amts wegen bei besonderem öffentlichen Interesse, werde diese Neuerungen aber praktisch aufgehoben und die bisherige staatsanwaltschaftliche Praxis, in Fällen von ärztlichen Behandlungsfehlern in der Regel das besondere öffentliche Interesse zu bejahen, weiterhin ermöglicht¹⁶⁸¹. Auf Ablehnung stieß auch die Einordnung des § 229 des Entwurfs in den Abschnitt über die Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit. Da das Schutzgut des neuen Paragraphen nicht nur die körperliche Unversehrtheit, sondern auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sein sollte, werde die Einordnung unter die Körperverletzungsdelikte dem spezifischen Unrechtsgehalt nicht gerecht¹⁶⁸². Dementsprechend seien auch die Formulierungen im Tatbestand „körperlicher Eingriff“, „körperliche Integrität“ oder „Gesundheitszustand“ zu körperverletzungsbezogen und deshalb abzulehnen¹⁶⁸³. Zudem wurde auch das Strafmaß in § 229 des Entwurfs als zu hoch und im Vergleich zum Strafmaß bei Freiheitsberaubung und Nötigung als dem Unrechtsgehalt der Tat unangemessen beurteilt. Gegen das Strafmaß spreche auch die bisherige Handhabung der Körperverletzungstatbestände durch die Rechtsprechung¹⁶⁸⁴. Auf Kritik stieß auch, dass in § 230 des Entwurfs nicht ausdrücklich geregelt war, dass die Körperverletzungstatbestände ausgeschlossen sein sollten, da hierdurch im Falle eines fahrlässigen Behandlungsfehlers immer noch Idealkonkurrenz möglich sei¹⁶⁸⁵. Kritisiert wurde des Weiteren, dass sich die Änderungen nur auf den Bereich der Körperverletzung beziehen sollten, die Tötungsdelikte aber ohne ersichtlichen Grund keine Änderung erfahren hätten¹⁶⁸⁶. Es wurde zudem darauf hingewiesen, dass durch die vorgesehenen Bestimmungen die Strafbarkeit auch auf solche Fälle ausgedehnt werden sollte, in denen mangels Einwilligung durch eine Heilbehandlung das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht verletzt wurde, dass aber solche Fälle nicht erfasst sein sollten, in denen schon gar keine Heilbehandlung sondern etwa ein fremdnütziger Forschungseingriff vorlag, obwohl hier deutlich größere Gefahren drohten. Das strengere Sonderrecht für Heilbehandlungen sei deshalb ver-

¹⁶⁷⁷ Hartmann, Heilbehandlung, S.242; Müller, DRiZ 1998, S.155, 160; Schreiber, in: FS Hirsch, S.713, 720.

¹⁶⁷⁸ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 159.

¹⁶⁷⁹ Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 368; Meyer, GA 1998, S.415, 426.

¹⁶⁸⁰ Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 368; Meyer, GA 1998, S.415, 427.

¹⁶⁸¹ Schreiber, in: FS Hirsch, S.713, 724.

¹⁶⁸² Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 364.

¹⁶⁸³ Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 364.

¹⁶⁸⁴ Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 367.

¹⁶⁸⁵ Hartmann, Heilbehandlung, S.231; Schreiber, in: FS Hirsch, S.713, 719; Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.37.

¹⁶⁸⁶ Freund, ZStW 1997, S.455, 476.

fehlt. Angemessen wäre nur ein genereller Schutz des Selbstbestimmungsrechts im Kontext zu den Vorschriften der Nötigung gewesen¹⁶⁸⁷.

Als entscheidender Nachteil des Reformentwurfs wurde zuletzt angeführt, die Änderungen im Strafrecht könnten nicht ohne Folgen für die zivilrechtliche Rechtslage bleiben. Auch im Zivilrecht müsse nämlich bei Umsetzung des Entwurfs aufgrund der Einheit der Rechtsordnung ein Wechsel von der Körperverletzung als Haftungsgrund zur Persönlichkeitsrechtsverletzung stattfinden¹⁶⁸⁸. Dies könnte die bisherige Stellung des Patienten erheblich verschlechtern. Zum ersten komme der Ersatz immaterieller Schäden bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts nur bei qualifizierten Eingriffen in Betracht, und auch der Ausgleich von Vermögensschäden sei nur in den Fällen problemlos, in denen sich das aufklärungspflichtige Risiko verwirklicht habe¹⁶⁸⁹. Zum zweiten habe der Tatbestandswechsel gravierende Auswirkungen auf die Beweislastverteilung. Beim Abstellen auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung werde das Unterlassen der erforderlichen Aufklärung zum Tatbestandsmerkmal, dessen Beweis nun dem Patienten obliege¹⁶⁹⁰.

Gegen die Reform des strafrechtlichen Arzthaftungsrechts sprach neben diesen inhaltlichen Argumenten auch, dass deren Notwendigkeit von den Ärzten selbst offenbar verneint wurde. So wurde auf einem Seminar der Bundesärztekammer im Februar 1997 von Seiten der Ärzteschaft mitgeteilt, dass sie die Einordnung der Heilbehandlung als Körperverletzung nicht mehr als so belastend empfinde, dass deshalb eine Neuordnung und die damit verbundenen Unsicherheiten und Folgen im Zivilrecht vorzuziehen wären¹⁶⁹¹. Auch der „Arbeitskreis von Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern“ sahen die vorgeschlagenen Änderungen nicht als eine sachgerechte Problemlösung an¹⁶⁹².

d) Scheitern der Reformpläne

Der Referentenentwurf wurde schließlich vor dem Hintergrund dieser Kritik nicht in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Das 6. Strafrechtsreformgesetz trat am 1. April 1998 ohne die neuen Regelungen in §§ 229, 230 in Kraft¹⁶⁹³. Damit war auch der bis heute letzte Versuch, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte speziell zu regeln, gescheitert.

4) Gesetzesänderungen mit Relevanz für das Arzthaftungsrecht

Abgesehen von diesen nur geplanten, letztlich aber nicht umgesetzten Reformen in Bezug auf das Europarecht und das deutsche Arztstrafrecht gab es seit den 90er Jahren einige Gesetzesänderungen, die zwar nicht auf eine Änderung der Haftung für ärztliche Behandlungsfehler abstellten, sich aber dennoch auch auf die Haftung der Ärzte oder die prozessuale Durchsetzung von Behandlungsfehleransprüchen auswirkten.

a) Schuldrechtsreform

Zum ersten hatte die Schuldrechtsreform, die am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist, Auswirkungen auf die zivilrechtliche Haftung der Ärzte. Die ursprünglich während der Vorarbeiten diskutierte Aufnahme des medizinischen Behandlungsvertrages als eigenen Vertragstyp in das BGB war zwar nicht erfolgt¹⁶⁹⁴. Es wirkten sich jedoch

¹⁶⁸⁷ Freund, ZStW 1997, S.455, 478; Hirsch, in: FS Zipf, S.353, 365, Fn.46.

¹⁶⁸⁸ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 160; Müller, DRiZ 1998, S.155, 160.

¹⁶⁸⁹ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 160.

¹⁶⁹⁰ Katzenmeier, ZRP 1997, S.156, 161; Müller, DRiZ 1998, S.155, 160.

¹⁶⁹¹ Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.12.

¹⁶⁹² Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung, S.13.

¹⁶⁹³ Müller, DRiZ 1998, S.155, 158.

¹⁶⁹⁴ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1071.

andere Änderungen im Bereich des Schuldrechts auch auf das Arzthaftungsrecht aus.

aa) Leistungsstörungen

Die Haftung für eine ärztliche Vertragspflichtverletzung richtet sich seit der Schuldrechtsreform wie alle übrigen Pflichtverletzungen nach § 280 Absatz 1 BGB, der unter anderem das gewohnheitsrechtliche Institut der positiven Forderungsverletzung abgelöst hat¹⁶⁹⁵. Danach kann ein Gläubiger Ersatz des Schadens verlangen, der ihm aus einer schuldnerischen Pflichtverletzung entsteht, es sei denn, dass der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Eine Ausnahmeregelung von dieser Verschuldensvermutung und der damit verbundenen Beweislastverteilung wurde für das Arzthaftungsrecht nicht aufgenommen, obwohl die vorbereitende Schuldrechtskommission Überlegungen in diese Richtung angestellt hatte¹⁶⁹⁶. Im Gesetzgebungsverfahren und in der Gesetzesbegründung selbst allerdings wurde die Frage, ob die Ärzte künftig die Verschuldensvermutung entkräften sollten, überhaupt nicht thematisiert, wohingegen etwa im Arbeitsrecht Sonderbestimmungen eingeführt wurden¹⁶⁹⁷.

Aufgrund der Besonderheiten des Arzthaftungsrechts ist deshalb umstritten, ob die Verschuldensvermutung des § 280 Absatz 1 Satz 2 BGB auch in diesem Bereich uneingeschränkte Anwendung finden kann¹⁶⁹⁸. Zum Teil wird vertreten, ein von der Grundregel des § 280 Absatz 1 BGB abweichender Verschuldensnachweis sei im Bereich der Arzthaftung deshalb angezeigt, weil eine ärztliche Behandlung auch aufgrund eines schicksalhaften Verlaufs misslingen könne und der Arzt deshalb nicht für den Erfolg hafte. Somit wäre es unbillig, dem Arzt den oft nicht möglichen Beweis seines fehlenden Verschuldens aufzuerlegen¹⁶⁹⁹. Die Ausnahme der medizinischen Behandlungsverträge von der Verschuldensvermutung des § 280 Absatz 1 Satz 2 könne im Wege der teleologischen Reduktion erfolgen¹⁷⁰⁰.

Andere Stimmen in der Literatur sind der Ansicht, eine Anwendung der Verschuldensvermutung der neuen Norm habe aufgrund des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes ohnehin nur wenig Einfluss auf die Ergebnisse, da der Verstoß gegen die inneren Sorgfaltsanforderungen durch eine Verletzung der äußeren Sorgfalt indiziert werde¹⁷⁰¹. Auch sei die teleologische Reduktion deshalb nicht erforderlich, weil es sachgerecht sei, bei Vorliegen eines Behandlungsfehlers die Beweislast dem Arzt aufzuerlegen. Dies deshalb, weil der Arzt über Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Fehlers aufgrund seines Fachwissens leichter prozessuale Ausführungen machen könne als der Patient, und weil darüber hinaus kein Grund ersichtlich sei, warum ein Arzt im Falle einer festgestellten Pflichtverletzung gegenüber anderen Vertragsschuldnern privilegiert sein sollte¹⁷⁰². Die Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus könne hierbei keine Rolle spielen, da die Pflichtverletzung und die haftungsbegründende Kausalität nachgewiesen werden müssten, bevor die Verschuldensvermutung eingreife¹⁷⁰³. Da der Patient ja weiterhin den Behandlungsfehler und die Ursächlichkeit dieses Fehlers für den Schaden nachweisen müsse, würde die Arzthaftung auch nicht zur Gefährdungshaftung¹⁷⁰⁴. Zum Teil wurde auch zu beden-

¹⁶⁹⁵ Rieckers/ Spindler, JuS 2004, S.272, 273.

¹⁶⁹⁶ Kommission, Abschlussbericht, S.130.

¹⁶⁹⁷ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1066.

¹⁶⁹⁸ Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1758.

¹⁶⁹⁹ Rehborn, MDR 2002, S.1281, 1288.

¹⁷⁰⁰ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1068; Rieckers/ Spindler, JuS 2004, S.272, 274.

¹⁷⁰¹ Weidinger, VersR 2004, S.35, 37.

¹⁷⁰² Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1068.

¹⁷⁰³ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1069; Ratzel, AnwBl 2002, S.485, 486; Rieckers/ Spindler, JuS 2004, S.272, 274.

¹⁷⁰⁴ Ratzel, AnwBl 2002, S.485, 486.

ken gegeben, dass das Verschulden des Arztes nur in etwa einem Prozent der Fälle überhaupt streitentscheidend sei. Im Regelfall hänge der Ausgang des Verfahrens von der Klärung der Frage des objektiven Sorgfaltspflichtverstoßes oder der Kausalität ab, so dass die praktische Bedeutung der Verschuldensvermutung ohnehin nicht überbewertet werden dürfe¹⁷⁰⁵. Ob sich somit durch die Einführung des § 280 Absatz 1 Satz 2 BGB an der bisherigen Praxis des Arzthaftungsrechts viel ändern wird, bleibt abzuwarten. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage steht noch aus¹⁷⁰⁶.

bb) Verjährung

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte erfuhr aber nicht nur in tatbestandlicher Hinsicht eine Änderung. Auch das Recht der Verjährung wurde durch die Schuldrechtsreform geändert.

Nach altem Schuldrecht verjährten vertragliche Ansprüche nach 30 Jahren (§ 195 BGB a.F.) und deliktische Ansprüche nach drei Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von Schaden und Person des Ersatzpflichtigen, oder unabhängig von der Kenntnis in 30 Jahren (§ 857 BGB)¹⁷⁰⁷. Nach der neuen Rechtslage beträgt bei den vorliegend überwiegend einschlägigen Personenschäden die Verjährungsfrist für vertragliche und außervertragliche Ansprüche im Regelfall drei Jahre ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände oder der Person des Schuldners, beginnend am jeweiligen Jahresende, oder unabhängig von der Kenntnis absolut 30 Jahre ab Begehung der Handlung oder dem schadenauslösenden Ereignis (§§ 195, 199 Absatz 1 und 2, 214 Absatz 1 BGB)¹⁷⁰⁸. Lediglich die Ansprüche wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verjähren mit demselben Verjährungsbeginn wie die Ansprüche aus Personenschäden in drei Jahren oder absolut in zehn Jahren von ihrer Entstehung an (§ 199 Absatz 3 Nr.1)¹⁷⁰⁹. Die Verjährungsfristen für vertragliche und deliktische Ansprüche wurden somit vereinheitlicht. Die von der Rechtsprechung bisher entwickelten Grundsätze zu der für den Fristbeginn ausreichenden Kenntnis bleiben im Rahmen des neuen Rechts anwendbar¹⁷¹⁰.

cc) Haftung des Sachverständigen

Neu eingeführt wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform auch § 839 a BGB, der im Bereich der Arzthaftung in Bezug auf die Wahrheitspflicht der Sachverständigen von Bedeutung ist.

Nach dieser Norm ist ein vom Gericht bestellter Sachverständiger, der vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstellt hat, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch die darauf beruhende gerichtliche Entscheidung entstanden ist.

Diese Norm führt zu einer Verschärfung der Haftung der Sachverständigen. Bislang hatten die von einem Behandlungsfehlerverfahren Betroffenen in der Regel weder einen vertraglichen Schadensersatzanspruch noch einen solchen aus Amtshaftung, weil der Sachverständige vom Gericht bestellt wird, also mit den Parteien in keiner vertraglichen Verbindung steht, und zudem keine hoheitliche Tätigkeit ausübt. Der beeidigte Sachverständige haftete für den Vermögensschaden lediglich unter Umständen aus § 823 Absatz 2 BGB i.V.m. §§ 154, 163 StGB schon bei einfacher fahr-

¹⁷⁰⁵ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1069.

¹⁷⁰⁶ Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1698.

¹⁷⁰⁷ Weidinger, VersR 2004, S.35, 35.

¹⁷⁰⁸ Weidinger, VersR 2004, S.35, 36.

¹⁷⁰⁹ Ratzel, AnwBl 2002, S.485, 488.

¹⁷¹⁰ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1070.

lässiger Falschbegutachtung, der unbeeidigte Sachverständige erst bei vorsätzlicher Falschbegutachtung nach § 826 BGB.

Nun ist § 839 a BGB die alleinige Anspruchsgrundlage in derartigen Fällen¹⁷¹¹. Die Unterscheidung zwischen beeidigtem und nicht beeidigtem gerichtlichen Sachverständigen ist aufgehoben¹⁷¹². Haftungshöchstgrenzen und Haftungsbeschränkungen sind nicht vorgesehen¹⁷¹³. Die Haftung der und damit der Druck auf die Sachverständigen wurde dadurch erheblich verschärft. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die neue Sachverständigenhaftung dann keine Anwendung findet, wenn das Verfahren durch einen Vergleich abgeschlossen wird. Ob hier dann die alten Grundsätze anwendbar bleiben sollen, erscheint angesichts des Ziels des Gesetzgebers, die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten abschließend zu regeln, fraglich¹⁷¹⁴.

b) Reformen im Schadensersatzrecht

Auch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, das am 1. August 2002 in Kraft getreten ist, hatte Auswirkungen auf die Haftung der Ärzte für Behandlungsfehler. Die entscheidende Neuerung für das Arzthaftungsrecht ist die Möglichkeit, fortan auch im Rahmen vertraglicher Schadensersatzansprüche Schmerzensgeld zu erlangen¹⁷¹⁵. Nach altem Recht war Schmerzensgeld nach § 847 BGB nur im Rahmen der außervertraglichen Haftung möglich. Mit der Einführung des neuen Absatz zwei in § 253 BGB existiert nunmehr im allgemeinen Schuldrecht ein vom Haftungsgrund unabhängiger Schmerzensgeldanspruch, der im Vertrags- und im gesamten Deliktsrecht gleichermaßen zur Anwendung kommt¹⁷¹⁶. Die Unterschiede zwischen außervertraglicher Verschuldenshaftung auf der einen Seite und der Gefährdungs- und Vertragshaftung auf der anderen Seite wurden damit aufgehoben. Insbesondere kann der Schmerzensgeldanspruch im Rahmen vertraglicher Schuldverhältnisse nun zumindest auch den Dritten zugute kommen, die vom Schutzbereich des Vertrages umfasst sind¹⁷¹⁷. Problematisch ist allerdings, dass § 253 Absatz 2 BGB, der bei der Verletzung von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung einen Schmerzensgeldanspruch vorsieht, das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht erwähnt. Da der Gesetzgeber an der bisherigen Rechtsprechung in diesem Bereich aber nichts ändern wollte, soll der Schmerzensgeldanspruch in diesen Fällen zumindest im Deliktsrecht wie bisher möglich sein¹⁷¹⁸.

c) Reformen im Zivilprozessrecht

Am 1. Januar 2001 ist außerdem die Zivilprozessreform in Kraft getreten. Durch die ZPO-Reform wurde mit Bedeutung auch für das Arzthaftungsrecht eine obligatorische Güteverhandlung nach § 278 Absatz 2 Satz 1 ZPO eingeführt¹⁷¹⁹. Sie gilt für alle erstinstanzlichen Verfahren vor den Amts- und Landgerichten¹⁷²⁰. Eine solche Güteverhandlung ist aber nach § 278 Absatz 2 Satz 1 ZPO unter anderem dann entbehrlich, wenn bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden hat¹⁷²¹. Außergerichtliche Gütestellen zur Durchführung derarti-

¹⁷¹¹ Ratzel, AnwBl 2002, S.485, 488.

¹⁷¹² Weidinger, VersR 2004, S.35, 37.

¹⁷¹³ Ratzel, AnwBl 2002, S.485, 489.

¹⁷¹⁴ Wagner, NJW 2002, S.2049, 2062, 2063.

¹⁷¹⁵ Spickhoff, NJW 2002, S.2530, 2532.

¹⁷¹⁶ Weidinger, VersR 2004, S.35, 37.

¹⁷¹⁷ Deutsch, JZ 2002, S.588, 590.

¹⁷¹⁸ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1073; Wagner, NJW 2002, S.2049, 2056.

¹⁷¹⁹ Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1759.

¹⁷²⁰ Gehrlein, AnwBl 2002, S.489, 489.

¹⁷²¹ Gehrlein, AnwBl 2002, S.489, 490; Gehrlein, VersR 2002, S.935, 935.

ger Einigungsversuche sind unter anderem auch die Gutachter- und Schlichtungsstellen der Ärztekammern¹⁷²².

Es wurde im Rahmen der Reform außerdem zwar die originäre Zuständigkeit des Einzelrichters eingeführt. Für „Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen“, und damit auch für Arzthaftungsstreitigkeiten wurde hiervon aber gemäß § 348 Absatz 1 Nr.2e ZPO eine Ausnahme gemacht¹⁷²³. Die Notwendigkeit einer Kollegialentscheidung im Arzthaftungsprozess bei Urteilsspruch und Beweiserhebung auch nach neuem Recht wurde bereits vom OLG Karlsruhe bestätigt¹⁷²⁴.

Im Rechtsmittelrecht wurden die Möglichkeiten zur Überprüfung eines Urteils stark eingeschränkt, indem ein neuer Tatsachenvortrag in der zweiten Instanz nur noch unter ganz besonderen Voraussetzungen (§ 531 ZPO n.F.) möglich ist¹⁷²⁵. Grundsätzlich ist das Berufungsgericht seit der ZPO-Reform an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden¹⁷²⁶. Zur Zulassung neuer Tatsachen in der Berufungsinstanz liegt eine erste grundlegende Entscheidung des BGH vom 8. Juni 2004¹⁷²⁷ vor, in der die Rechtsprechung versucht, das Gebot der Waffengleichheit und die Anwendung des § 531 Absatz 2 ZPO im Arzthaftungsprozess in Einklang zu bringen¹⁷²⁸. So sollen bei der Beurteilung, ob ein Vorbringen neu im Sinne des § 531 Absatz 2 ZPO ist, die herabgesetzten Anforderungen an die Substantiierungspflicht im Arzthaftungsprozess zu berücksichtigen sein, vorausgesetzt, es handelt sich bei dem Vorbringen in beiden Instanzen um denselben Abschnitt des Behandlungsverlaufs¹⁷²⁹. Zudem soll der Begriff der Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Absatz 2 Nr.3 ZPO eng ausgelegt werden. So soll es ausreichen, wenn der Patient das gerichtliche Gutachten in erster Instanz substantiiert angreift und erst in zweiter Instanz weitere Informationen oder ein Privatgutachten beibringt. Er muss zur ordnungsgemäßen Prozessführung weder in medizinischen Bibliotheken Recherchen anstellen, noch sich Fachwissen aneignen, noch bereits in erster Instanz einen Sachverständigen hinzuziehen oder sich ein Gutachten erstellen lassen¹⁷³⁰. Der neue Grundsatz, dass es sich bei der zweiten Instanz grundsätzlich um eine reine Rechtsinstanz handelt, wurde somit im Arzthaftungsrecht bereits an die Besonderheiten dieser Materie angepasst.

Durch die ZPO-Reform wurde zuletzt außerdem die Revision erschwert, da sie nur nach Zulassung durch das Berufungsgericht oder das Revisionsgericht nach einer Nichtzulassungsbeschwerde statt finden kann (§ 543 Absatz 1 ZPO n.F.)¹⁷³¹.

d) Sonstige Gesetzesänderungen mit Relevanz für das Arzthaftungsrecht

Neben diesen Änderungen in den letzten Jahren und den erwähnten gescheiterten Reformversuchen gab es seit den siebziger Jahren noch einzelne kleinere Gesetzesänderungen, die zumindest zur Materie des Arzthaftungsrechts einen gewissen Bezug aufweisen.

Mit Wirkung zum 1. Januar 1975 wurde beispielsweise das Volljährigkeitsalter von einundzwanzig auf achtzehn Jahre herabgesetzt¹⁷³². Damit war zu erwarten, dass

¹⁷²² Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1765; Weidinger, VersR 2004, S.35, 37.

¹⁷²³ Gehrlein, AnwBl 2002, S.489, 490; Gehrlein, VersR 2002, S.935, 936; Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1156.

¹⁷²⁴ OLG Karlsruhe MDR 2006, S.332, 332; vgl. Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1636.

¹⁷²⁵ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.198; Gehrlein, AnwBl 2002, S.489, 491, 492; Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1156.

¹⁷²⁶ Gehrlein, VersR 2002, S.935, 937, 938.

¹⁷²⁷ BGH VersR 2004, 1177 ff.

¹⁷²⁸ Dieti, VersR 2005, S.442, 444.

¹⁷²⁹ BGH VersR 2004, S.1177, 1179; vgl. Dieti, VersR 2005, S.442, 445.

¹⁷³⁰ BGH VersR 2004, S.1177, 1179, 1180; vgl. Dieti, VersR 2005, S.442, 445.

¹⁷³¹ Gehrlein, AnwBl 2002, S.489, 494; Weidinger, VersR 2004, S.35, 38.

¹⁷³² Laufs, Arztrecht, 2. Auflage, S.44.

die Fälle abnehmen sollten, in denen der Betroffene zwar noch nicht volljährig und damit rechtsfähig im Sinne des Gesetzes war aber schon über die nötige Einsichtsfähigkeit zur Einwilligung oder Verweigerung einer ärztlichen Maßnahme verfügte. Da sich die Änderungen im Bereich des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs¹⁷³³ nicht unmittelbar auf die Haftung des Arztes für Behandlungsfehler oder Aufklärungsversäumnisse auswirkten, braucht hier auf diese nicht näher eingegangen zu werden. Auch einige weitere Gesetzesänderungen betrafen lediglich Einzelfragen des Arzthaftungsrechts, so dass sie nicht näher ausgeführt werden sollen, wie etwa Änderungen im Recht der ambulanten Krankenbehandlung¹⁷³⁴ oder im Betreuungsrecht¹⁷³⁵.

e) Zusammenfassung

In den letzten Jahrzehnten wurden somit zwar keine speziellen Reformen in Bezug auf das Arzthaftungsrecht umgesetzt. Dennoch erfuhr auch die Rechtslage in diesem Bereich durch andere, allgemeine Reformen einige Änderungen. Die Änderungen durch die ZPO-Reform vor allem im Rechtsmittelrecht haben nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung trotz gegenteiliger Befürchtungen¹⁷³⁶ allerdings nur einen begrenzten Einfluss im Arzthaftungsrecht. Die Behandlungsfehlerhaftung wird außerdem nach wie vor von der Zuständigkeit des Einzelrichters ausgenommen bleiben¹⁷³⁷. Durch die Reformen im Schuldrecht und Schadensersatzrecht ist der Nachteil des fehlenden Schmerzensgeldes bei der vertraglichen Haftung weggefallen. Die vertragliche Haftung bietet darüber hinaus die Vorteile, dass keine Hilfskonstruktionen für das Entstehenmüssen Dritter erforderlich ist und dass nach dem Gesetzeswortlaut das Verschulden des Arztes bei Nachweis der übrigen Voraussetzungen vermutet wird¹⁷³⁸. Dies könnte in Zukunft zu einem Vorrang der vertraglichen Haftung vor der bisher bevorzugten deliktischen Anspruchsgrundlage führen¹⁷³⁹, sofern hier überhaupt unterschieden und nicht wie von der Rechtsprechung bislang mehr oder weniger durch Kumulation auf eine einheitliche Rechtsgrundlage abgestellt wird¹⁷⁴⁰. Die tatsächliche Bedeutung der Änderungen für das Arzthaftungsrecht wird erst mit den entsprechenden höchstrichterlichen Entscheidungen absehbar werden, dürfte aber in Bezug auf die Ergebnisse nicht allzu groß sein.

II) Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe

Nachdem die gesetzlichen Rahmenbedingungen als erster Faktor für die Fortbildung des Arzthaftungsrechts dargestellt wurden, soll nun die Entwicklung der Behandlungsfehlerverfahren als Voraussetzung für die richterrechtliche Rechtsfortbildung auf dieser gesetzlichen Grundlage betrachtet werden.

1) Neue Entwicklungstendenz

In den siebziger und achtziger Jahren begann eine ganz neue Entwicklung im Bereich der Behandlungsfehlerverfahren. Während in den Jahrzehnten zuvor die Zahl der Verfahren zwar kontinuierlich, aber nicht sprunghaft angestiegen war, begann die Zahl der Ansprüche aus ärztlichen Behandlungsfehlern seit Beginn der siebziger

¹⁷³³ Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.191 bis 195; Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.147 bis 153.

¹⁷³⁴ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 7. Auflage, S.15, 16.

¹⁷³⁵ Laufs, NJW 1991, S.1516, 1523; Laufs, NJW 1992, S.1529, 1533.

¹⁷³⁶ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.198; Weidinger, VersR 2004, S.35, 39.

¹⁷³⁷ Vgl. auch OLG Koblenz MDR 2006, 332; vgl. Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1636.

¹⁷³⁸ Bäune/ Dahm, MedR 2004, S.645, 652; Rieckers/ Spindler, JuS 2004, S.272, 278; Spickhoff, NJW 2002, S.2530, 2532.

¹⁷³⁹ Katzenmeier, VersR 2002, S.1066, 1073; Rieckers/ Spindler, JuS 2004, S.272, 278; Spickhoff, Aktuelle Rechtsfragen, S.58.

¹⁷⁴⁰ Rieckers/ Spindler, JuS 2004, S.272, 273.

Jahre in relativ kurzer Zeit sehr stark und in immer höherem Maße anzusteigen¹⁷⁴¹. Dabei veränderte sich sowohl die Zahl der bei den Versicherungen geltend gemachten Ansprüche als auch die Zahl der gerichtlichen Verfahren rapide¹⁷⁴². Neben der Zahl der Verfahren wuchs auch das Schadensvolumen deutlich¹⁷⁴³. Diese Tendenz setzte sich auch in und seit den neunziger Jahren fort, und der arzt haftungsrechtliche Stoff in Form von Entscheidungen, aber auch von Veröffentlichungen, nahm immens zu¹⁷⁴⁴. Besonders deutlich wird die wachsende Bedeutung des Arzthaftungsrechts auch dadurch, dass gegen Ende der siebziger Jahre immer mehr Autoren begannen, teilweise fortlaufende Berichte über die Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich der Arzthaftung abzufassen. So erschien – um nur einige zu nennen- etwa die erste Auflage von Laufs „Arzt recht“ 1977. Die fortlaufende Berichterstattung desselben Autors über die Entwicklung des Medizinrechts in der Neuen Juristischen Wochenschrift begann im selben Jahr. Im Jahre 1984 veröffentlichte Steffen die erste Auflage der „Neuen Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht“. Diese Werke wurden zum Großteil bis heute laufend fortgesetzt, und ihr Umfang hat sich in den letzten 25 bis 30 Jahren teilweise vervielfacht.

Diese seit Beginn der siebziger Jahre steigende Zahl an Entscheidungen war die Grundlage dafür, dass spätestens seit Beginn der achtziger Jahre eine „fast revolutionär zu nennende Entwicklung“ im Arzthaftungsrecht einsetzte¹⁷⁴⁵. Insgesamt stieg die Rechtsprechung in diesem Bereich so stark an, und es ergingen so viele Einzelfallentscheidungen, dass man in der Literatur seit Ende der neunziger Jahre sogar schon vom Arzthaftungsrecht als „Case Law“ zu sprechen begonnen hat¹⁷⁴⁶. Zum Teil wurde der Anstieg der Verfahren im Arzthaftungsbereich und damit dessen Fortentwicklung auch als „erosionsartig“ bezeichnet¹⁷⁴⁷. Nach einer Schätzung des Marburger Bundes betrug im Jahre 2000 die Zahl der Arzthaftungsverfahren in Deutschland etwa 30.000¹⁷⁴⁸.

Trotz des generellen Anstiegs muss man sich aber immer wieder vergegenwärtigen, dass aktuell nur in 0,01 % der in Deutschland jährlich stattfindenden etwa 300 Millionen Patientenbehandlungen Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden¹⁷⁴⁹. Im Jahre 1990 waren nur etwa 7 % der Ärzte einem Behandlungsfehlervorwurf ausgesetzt¹⁷⁵⁰. Im Jahre 2001 betrug die Zahl der Behandlungsfehlervorwürfe ungefähr 40.000 pro Jahr, die Zahl der nachgewiesenen Behandlungsfehler nicht über 12.000¹⁷⁵¹. Im Jahre 2002 etwa wurden im Rahmen der Verfahren vor der Gutachterkommission in Baden-Württemberg nur bei 0,58 % der berufstätigen Ärzte Behandlungsfehler bejaht¹⁷⁵². Auch wenn also die Zahlen insgesamt ansteigen, so sind dennoch stets nur eine geringe Zahl der Behandlungen und der Ärzte betroffen.

¹⁷⁴¹ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658; Laufs, NJW 1990, S.1505, 1505; Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.998.

¹⁷⁴² v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10.

¹⁷⁴³ Laufs, NJW 1976, S.1121, 1121.

¹⁷⁴⁴ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.3, 111; Laufs, NJW 1991, S.1516, 1525; Laufs, NJW 1992, S.1529, 1536, 1539; Laufs, NJW 1993, S.1497, 1503; Laufs, NJW 1994, S.1562, 1562; Laufs, NJW 1995, S.1590, 1596; Laufs, NJW 1997, 1609, 1611, 1614; Ulsenheimer, MedR 1992, S.129, 129.

¹⁷⁴⁵ Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.997.

¹⁷⁴⁶ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.18; Rehborn, MDR 1999, S.1169, 1169.

¹⁷⁴⁷ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.922.

¹⁷⁴⁸ Kilian, VersR 2000, S.942, 942.

¹⁷⁴⁹ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.113.

¹⁷⁵⁰ Krumpaszkyl/ Selbmann/ Sethe, VersR 1997, S.420, 421.

¹⁷⁵¹ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 2. Auflage, S.17.

¹⁷⁵² Eissler, MedR 2004, S.429, 433.

Eine genaue, kontinuierliche und lückenlose statistische Erfassung der geltend gemachten Ansprüche und Verfahren fehlt nach wie vor¹⁷⁵³. Es gibt aber einzelne Statistiken über Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherungen generell, über die Verfahren vor den gegen Ende der siebziger Jahre aufkommenden Gutachter- und Schlichtungsverfahren¹⁷⁵⁴, über Zivilverfahren und auch Strafverfahren, die im Folgenden überblicksartig dargestellt und damit zur Veranschaulichung der allgemeinen Tendenz dienen sollen.

2) Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherer in Zahlen

a) Leistungen der Haftpflichtversicherungen

Bei der Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherer ist aus dem vorliegenden Zahlenmaterial nicht immer ersichtlich, ob Zahlungen erst nach gerichtlichen Auseinandersetzungen erfolgten. Es wird daher auch im Folgenden nicht immer danach unterschieden. Als allgemeine Tendenz zeichnete sich ab, dass sowohl die Zahl der bei den Versicherungen geltend gemachten Ansprüche als auch die Höhe dieser Ansprüche kontinuierlich und sehr stark anstiegen.

Zur Häufigkeit der Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherungen existieren nur vereinzelte Statistiken. Nach den Aussagen einer Versicherung stieg in den Jahren 1971 bis 1976 die Häufigkeit der Schadensfälle um 31 % an¹⁷⁵⁵. Bei einer weiteren Versicherung wuchs die Zahl der angemeldeten Ansprüche von 1972 bis 1977 sogar um 55 %¹⁷⁵⁶. Die Gesamtzahl der gegen Ärzte und Krankenhausträger wegen Behandlungsfehlern erhobenen Haftpflichtansprüche wurde Ende der siebziger Jahre auf 5.500¹⁷⁵⁷ bis 6.000¹⁷⁵⁸ pro Jahr geschätzt¹⁷⁵⁹. Bis zum Ende der achtziger Jahre war diese Zahl bereits auf 15.000 Haftpflichtfälle pro Jahr angewachsen¹⁷⁶⁰. Davon wurden etwa 92 bis 93 % bei den Haftpflichtversicherern angemeldet, 50 bis 60 % davon ohne und 10 bis 20 % mit eindeutigem Erfolg. In 30 bis 40 % der Fälle wurden Vergleiche angestrebt¹⁷⁶¹. In den neunziger Jahren wurden jährlich zunächst etwa 15.000 Haftpflichtansprüche geltend gemacht¹⁷⁶². Teilweise war auch schon zu dieser Zeit die Rede von 30.000 Schadensmeldungen an die Versicherungen¹⁷⁶³. Nach Angaben der Haftpflichtversicherer stiegen die Schadensfallzahlen zwischen 1994 und 1999 um 75 % an, wobei 1994 etwa 27.3000 Fälle reguliert wurden¹⁷⁶⁴. Nach Angaben einer großen Versicherung wurden Ende der neunziger Jahre etwa 90 % der Schadensersatzansprüche ohne Gerichtsverfahren ausgeglichen¹⁷⁶⁵. Von den gegen die Haftpflichtversicherer geltend gemachten Ansprüchen wurden in den neunziger Jahren etwa 50 bis 60 % zurückgewiesen, 10 bis 20 % anerkannt, und im Rest der Fälle kam man zu einem Vergleich¹⁷⁶⁶. Im Jahre 2002 betrug nach einem Teil der Angaben die Zahl aller Haftpflichtfälle etwa 20.000¹⁷⁶⁷. Nach anderen Anga-

¹⁷⁵³ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10; Laufs, NJW 1992, S.1529, 1536.

¹⁷⁵⁴ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.3.

¹⁷⁵⁵ Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

¹⁷⁵⁶ Ehlers, Aufklärung, S.8; Reichenbach, VersR 1981, S.807, 808.

¹⁷⁵⁷ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A39.

¹⁷⁵⁸ Künnell, VersR 1980, S.502, 503.

¹⁷⁵⁹ Giesen, JZ 1982, S.345, 346.

¹⁷⁶⁰ Katzenmeier, Arzthaftung, S.41.

¹⁷⁶¹ Giesen, JZ 1982, S.345, 346.

¹⁷⁶² Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.25; Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 2. Auflage, S.189; Ulsenheimer, MedR 1992, S.129, 129.

¹⁷⁶³ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.26; Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 59.

¹⁷⁶⁴ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage, S.14.

¹⁷⁶⁵ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage, S.14.

¹⁷⁶⁶ Schlund/ Uhlenbruck, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.205.

¹⁷⁶⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, S.41.

ben ist die Gesamtzahl der Arzthaftpflichtfälle bis 2002 auf jährlich etwa 30.000 gestiegen¹⁷⁶⁸. Teilweise ist in jüngster Zeit sogar von 100.000 jährlichen Haftpflichtansprüchen gegen Ärzte die Rede¹⁷⁶⁹. Diese Zahl dürfte jedoch angesichts der sonst zumindest in der Dimension übereinstimmenden Angaben etwas hoch gegriffen sein.

Aber nicht nur die Zahl der geltend gemachten Ansprüche hat sich seit Beginn der siebziger Jahre deutlich verändert, sondern auch die Höhe der geltend gemachten Summen.

Nach der Aussage einer Versicherung verzehnfachten sich die höheren Forderungen von über 100.000 DM im Zeitraum von 1970 bis 1974. Die Ansprüche in der Größenordnung von 50.000 DM verdoppelten sich von 1973 bis 1974¹⁷⁷⁰. Im Jahre 1976 wurde eine von der Fachrichtung unabhängige, durchschnittliche Schadenshöhe von mehr als 7.000 DM verzeichnet, bei den Chirurgen eine solche in der Größenordnung über 20.000 DM, in Fällen mit größerem Körperschaden über 100.000 DM und in wenigen Einzelfällen eine Schadenshöhe über 500.000 DM¹⁷⁷¹. Im Jahre 1977 zahlten die Haftpflichtversicherungen für die Schadensersatzansprüche gegen Ärzte und Krankenhäusern wegen Behandlungsfehlern etwa 80 bis 100 Millionen Mark, wobei auf den einzelnen Schadensfall mittlerweile durchschnittlich eine Summe von etwa 15.000 DM entfiel¹⁷⁷². Nach Angaben einer Versicherung war der durchschnittliche Gesamtaufwand pro Schadensfall im Zeitraum von 1971 bis 1976 um 106 % gestiegen¹⁷⁷³. Der Schadensaufwand geteilt durch die Zahl der Fälle, also der Schadensdurchschnitt stieg von 1972 bis 1977 um 90%¹⁷⁷⁴. Die von den Versicherungen für Arzthaftpflichtschäden aufzubringenden Beträge beliefen sich im Jahre 1991 schon auf 79, 5 Millionen Euro, 1992 auf 116 Millionen Euro, 1993 auf 127, 5 Millionen Euro und 1994 auf 207, 5 Millionen Euro¹⁷⁷⁵. Die von den Gerichten zugesprochenen Beträge stiegen in einzelnen Fällen schwerster Geburtsschäden auf beispielsweise 320.000 Euro im Jahre 2001 oder 500.000 Euro im Jahre 2002 an¹⁷⁷⁶.

b) Prämien

Die steigende Häufigkeit der Ansprüche und die steigende Höhe der zu leistenden Summen wirkten sich natürlich auch auf die zu zahlenden Prämien aus. Da auch diesbezüglich keine kontinuierliche Statistik existiert, seien im Folgenden wieder einzelne Zahlenbeispiele genannt.

Der Anstieg der Zahl an Behandlungsfehlervorwürfen und der Höhe der Ersatzbeträge im Einzelfall¹⁷⁷⁷ war in den siebziger und achtziger Jahren so eklatant, dass die Haftpflichtprämien für Ärzte der verschiedenen Fachrichtungen im Durchschnitt mindestens auf das Doppelte bis Dreifache anstiegen¹⁷⁷⁸. Schon in der Zeit von 1965 bis 1976 waren die Prämien für einen praktischen Arzt um das Dreifache, für einen niedergelassenen Chirurgen mit ambulanter und stationärer Behandlung um das Viereinhalb-Fache und einen leitenden Arzt oder Chefarzt der großen chirurgischen Fächer an einem Krankenhaus um das Fünfeinhalb-Fache gestiegen¹⁷⁷⁹. In

¹⁷⁶⁸ Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.998.

¹⁷⁶⁹ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.3.

¹⁷⁷⁰ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

¹⁷⁷¹ Ehlers, Aufklärung, S.9; Reichenbach, VersR 1981, S.807, 808.

¹⁷⁷² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A38.

¹⁷⁷³ Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

¹⁷⁷⁴ Ehlers, Aufklärung, S.9; Reichenbach, VersR 1981, S.807, 808.

¹⁷⁷⁵ Schlund/ Uhlenbruck, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.206.

¹⁷⁷⁶ Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1705.

¹⁷⁷⁷ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A62.

¹⁷⁷⁸ Laufs, NJW 1979, S.1230, 1231.

¹⁷⁷⁹ Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

der Zeit von 1970 bis 1974 stieg die Prämienhöhe für Fachärzte der Allgemeinmedizin auf das Doppelte, die für frei praktizierende Chirurgen auf das Dreifache¹⁷⁸⁰. Im Jahre 1977 betrugen die jährlich zu zahlenden Prämien für dienstliche und freiberufliche Tätigkeit von Chefärzten als Fachärzte für Chirurgie, Orthopädie, Anästhesie, Gynäkologie und Urologie zwischen 5.000 und 7.000 DM¹⁷⁸¹. Zu Beginn der achtziger Jahre musste ein in einer solchen risikoreichen Disziplin tätiger Chefarzt nach den Tarifempfehlungen des HUK-Verbandes schon für eine Deckungssumme von einer Million DM eine Jahresprämie von rund 10.000 DM aufbringen¹⁷⁸². In einzelnen Fachrichtungen konnte gegen Ende der neunziger Jahre die jährliche Prämie schon bis zu 25.000 Euro betragen¹⁷⁸³. Mittlerweile wird eine Deckung von jedenfalls bis zu 2,5 Millionen Euro, bei Gynäkologen sogar bis zu fünf Millionen Euro empfohlen¹⁷⁸⁴.

3) Zivilrechtliche Haftungsklagen in Zahlen

a) Zahl der Verfahren

Mit dem Anstieg der Forderungen gegen die Haftpflichtversicherungen stieg auch die Zahl der Fälle, in denen derartige Ansprüche gerichtlich durchgesetzt wurden. Zu beachten ist dabei jedoch in Bezug auf die gerichtlichen Verfahren, dass zum ersten häufig eine außergerichtliche Abwicklung möglich war, und dass zum zweiten in vielen Fällen einer fehlerhaften Behandlung wohl gar keine Ansprüche geltend gemacht wurden. Es wird in der Literatur nämlich vermutet, dass nur ein kleiner Anteil derjenigen, die durch einen ärztlichen Behandlungsfehler zu Schaden kommen, darauf auch Schadensersatzansprüche stützt und diese gerichtlich durchsetzt. Genaues hierüber lässt sich deshalb nicht sagen, weil die absolute Zahl an vorkommenden Behandlungsfehlern nicht bekannt ist¹⁷⁸⁵.

Aber auch wenn Ansprüche erhoben wurden, so gelangten von den Ende der siebziger Jahre 5.500 bis 6.000 erhobenen Ansprüchen nur etwa sieben bis acht Prozent vor die Gerichte, also rund 450 Fälle pro Jahr¹⁷⁸⁶. Nach anderen Angaben gelangten im Zeitraum von 1970 bis 1979 rund elf Prozent der geltend gemachten Ansprüche vor Gericht¹⁷⁸⁷. Dennoch nahm die Häufigkeit auch der Gerichtsverfahren seit Beginn der siebziger Jahre so stark zu, dass bereits zu Beginn der achtziger Jahre die steigende Zahl an Gerichtsentscheidungen zu Behandlungs- und Aufklärungsfehlern als „bedrohlich“ bezeichnet wurde¹⁷⁸⁸. In den neunziger Jahren wurden nach einigen Angaben jährlich schon etwa von den insgesamt 10.000 bis 15.000 geltend gemachten Haftpflichtansprüchen in rund 2.000 Fällen Klage zu den Zivilgerichten erhoben¹⁷⁸⁹. Teilweise war Ende der neunziger Jahre auch die Rede von 3.000 Schadensersatz- und Schmerzensgeldklagen wegen ärztlicher Behandlungsfehler¹⁷⁹⁰. Die Zahl der arzt Haftungsrechtlichen Zivilverfahren betrug etwa vor dem OLG Hamm im Jahre 1990 noch 173 und war bis 1997 schon auf 209 angestiegen¹⁷⁹¹. Nach Angaben einer großen Versicherung wurden Ende der neunziger Jah-

¹⁷⁸⁰ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A62.

¹⁷⁸¹ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A61.

¹⁷⁸² Ehlers, Aufklärung, S.9; Franzki, Arzthaftungsprozess, S.23.

¹⁷⁸³ Pelz, DRiZ 1998, S.473, 473.

¹⁷⁸⁴ Schlund/ Uhlenbruck, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.205.

¹⁷⁸⁵ Giesen, JZ 1982, S.345, 346.

¹⁷⁸⁶ Giesen, JZ 1982, S.345, 346; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A39, A40.

¹⁷⁸⁷ Ehlers, Aufklärung, S.8; Franzki, Arzthaftungsprozess, S.22.

¹⁷⁸⁸ Giesen, Arzthaftungsrecht 1981, S.XV.

¹⁷⁸⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.25; Schlund/ Uhlenbruck, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.205; Ulsenheimer, MedR 1992, S.129, 129.

¹⁷⁹⁰ Krumpaszkyl/ Selbmann/ Sethe, VersR 1997, S.420, 424.

¹⁷⁹¹ Pelz, DRiZ 1998, S.473, 473.

re etwa 90 % der Schadensersatzansprüche ohne Gerichtsverfahren geregelt¹⁷⁹². Im Jahre 2002 kam es in nur etwa 15 % aller Haftpflichtfälle zu einem gerichtlichen Verfahren, und die Zahl der zivilrechtlichen Haftpflichtklagen betrug etwa 3.000 pro Jahr¹⁷⁹³. Nach anderen Angaben ist die Gesamtzahl der Arzthaftpflichtfälle bis 2002 auf jährlich etwa 30.000 gestiegen, wobei die Tendenz steigend sein soll, und die Zahl der Schadensersatz- und Schmerzensgeldklagen soll sich auf 12.000 bis 15.000 erhöht haben¹⁷⁹⁴.

Die Klagen wurden zu etwa 86 % von den Verletzten selbst und zu 14 % von den Hinterbliebenen erhoben¹⁷⁹⁵. In 60 % der Fälle wurde ein Arzt allein verklagt, am nächsthäufigsten ein Arzt zusammen mit dem Krankenhausträger. Klagen gegen ärztliches Hilfspersonal kamen so gut wie gar nicht vor¹⁷⁹⁶. Von den vor dem BGH verklagten Ärzten waren 21 % Praxisinhaber, fast 40 % leitende Klinikärzte und rund 31 % angestellte Klinikärzte. Die Ärzte wurden in der Regel auch für eigenes Verhalten und nicht für das etwaiger Hilfspersonen in Anspruch genommen¹⁷⁹⁷. Die Verfahrensdauer vom frühest möglichen Zeitpunkt einer Klage bis zur Entscheidung des BGH betrug zwischen 3 und über 20 Jahren¹⁷⁹⁸.

Dabei war die Zahl der mit einer Verurteilung der Ärzte endenden Verfahren eher gering¹⁷⁹⁹. Die zivilrechtlichen Klagen wurden in etwa 50 % der Fälle abgewiesen, waren in etwa 10 % der Fälle erfolgreich und endeten in den übrigen Fällen mit Vergleich¹⁸⁰⁰. Insgesamt nahm die Quote der erfolgreichen Klagen ab¹⁸⁰¹.

b) Höhe der Schadensersatzsummen

Die in gerichtlichen Verfahren zugesprochenen Beträge beliefen sich Ende der siebziger Jahre durchschnittlich auf 35.000 DM. Dabei lagen 60 % der zuerkannten Beträge unter 20.000 DM, 20 % zwischen 20.000 und 50.000 DM, 20 % lagen über 100.000 DM und Summen zwischen 50.000 und 100.000 DM waren nicht vertreten¹⁸⁰². Die geltend gemachten und auch die zugesprochenen Summen steigerten sich seit den siebziger Jahren wie auch die Zahlungen der Haftpflichtversicherungen ganz extrem. Die von den Gerichten zugesprochenen Beträge stiegen in einzelnen Fällen schwerster Geburtsschäden auf beispielsweise 320.000 Euro im Jahre 2001 oder 500.000 Euro 2002 an¹⁸⁰³.

Die Summen gliederten sich in verschiedene Schadensposten auf, wobei die Prozentsätze der geltend gemachten und der zugesprochenen Ansprüche leicht abwichen. In 85 % der Fälle wurden Schmerzensgeldansprüche erhoben, in 40 % der Fälle der Verdienstausschlag des Geschädigten, in 25 % Heilkosten und in 32 % der Fälle sonstige Kosten wie die Aufwendungen für Haushaltshilfen oder die durch den Pflegebedarf angefallenen Kosten¹⁸⁰⁴. Zugesprochen wurden durchschnittlich in 55

¹⁷⁹² Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage, S.14.

¹⁷⁹³ Katzenmeier, Arzthaftung, S.41.

¹⁷⁹⁴ Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.998.

¹⁷⁹⁵ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A41.

¹⁷⁹⁶ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A42.

¹⁷⁹⁷ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A42.

¹⁷⁹⁸ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A47.

¹⁷⁹⁹ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10.

¹⁸⁰⁰ Giesen, JZ 1982, S.345, 346; Schlund/ Uhlenbruck, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.205; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A39, A40.

¹⁸⁰¹ Schlund/ Uhlenbruck, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.206; Radau, Arzthaftung, S.119.

¹⁸⁰² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A44.

¹⁸⁰³ Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1705.

¹⁸⁰⁴ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A43, 44.

% der Fälle Schmerzensgeldansprüche, in 17 % der Fälle Heilungskosten, in 20 % der Verdienstausschlag und in 34 % sonstige Schadensposten¹⁸⁰⁵.

4) Strafverfahren in Zahlen

Umfassende statistische Untersuchungen fehlen auch in Bezug auf die gegen Ärzte wegen mutmaßlicher Behandlungsfehler geführten Strafverfahren¹⁸⁰⁶. Fest steht jedoch, dass ihre Zahl viel geringer war als die der geltend gemachten zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche¹⁸⁰⁷. Nur in etwa ein bis drei Prozent der Haftpflichtfälle wurde ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren eingeleitet¹⁸⁰⁸. Auch hier war jedoch zum Teil ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen¹⁸⁰⁹.

Es sind vereinzelt Zahlen aus einzelnen Gerichtsbezirken veröffentlicht worden. So waren 1982 in den Bezirken der beiden Münchener Landgerichte 280 und 1985 in den OLG-Bezirken Köln und Düsseldorf zusammen 500 bis 600 arztstrafrechtliche Ermittlungsverfahren anhängig¹⁸¹⁰. Auch die Gutachtenstatistiken einzelner rechtsmedizinischer oder gerichtsmedizinischer Institute lassen gewisse Rückschlüsse zu. So wurden im Institut für Rechtsmedizin an der Universität München im Zeitraum zwischen 1950 und 1970 jährlich etwa fünf Gutachten zu arztstrafrechtlichen Fällen erstellt. Ab 1970 stieg diese Zahl bis 1975 auf etwa 20 Verfahren jährlich an, bis 1978 schließlich über 70 Fälle im Jahr untersucht wurden, also fünfzehn mal mehr als noch acht Jahre zuvor¹⁸¹¹. Im Institut für Gerichtsmedizin in Tübingen vervierfachte sich die Zahl der zwischen 1964 und 1970 untersuchten Fälle von 1970 bis 1977 von 33 auf 133. Im Zeitraum von 1979 bis 1983 stieg die Zahl dann sogar auf über 40 bis 69 pro Jahr, so dass sich seit 1964 die Zahl damit insgesamt verzehnfacht hatte¹⁸¹². Davon betrafen etwa 20 % der Fälle den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung und 80 % den der fahrlässigen Tötung. Mit absteigender Häufigkeit waren die Fachgebiete Chirurgie, Allgemeinmedizin, Innere Medizin, Anästhesiologie und Gynäkologie betroffen, wobei die Chirurgie mit rund 35 % der Fälle die deutliche Führung einnahm¹⁸¹³.

Anfang der neunziger Jahre wurden jährlich etwa 2.500 Ermittlungsverfahren wegen ärztlicher Behandlungsfehler eingeleitet¹⁸¹⁴. Ende der neunziger Jahre schwanken die Zahlenangaben für die jährlichen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zwischen 2.500¹⁸¹⁵ und etwa 3.000¹⁸¹⁶. Ein starker Anstieg der arztstrafrechtlichen Verfahren war also nicht mehr zu verzeichnen¹⁸¹⁷.

Auch wenn die Zahl der Strafverfahren anstieg, so blieb ihre Zahl nicht nur im Verhältnis zu den Zivilverfahren überschaubar, sondern auch die Zahl der am Ende eines Strafverfahrens tatsächlich erfolgenden Verurteilungen blieb gering. Festzustellen war aber, dass in Bezug auf die Einleitung und die Art der Fortführung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren teilweise erhebliche Unterschiede

¹⁸⁰⁵ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A44.

¹⁸⁰⁶ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 207.

¹⁸⁰⁷ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.18; Laufs, NJW 1983, S.1345, 1347; Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

¹⁸⁰⁸ Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

¹⁸⁰⁹ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 1. Auflage, S.1.

¹⁸¹⁰ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 207.

¹⁸¹¹ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208.

¹⁸¹² Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208.

¹⁸¹³ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208.

¹⁸¹⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.25; Ulsenheimer, MedR 1992, S.129, 129.

¹⁸¹⁵ Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 2. Auflage, S.915; Ulsenheimer, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.998.

¹⁸¹⁶ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 1. Auflage, S.1.

¹⁸¹⁷ Peters, MedR 2002, S.227, 230.

zwischen den einzelnen Landgerichtsbezirken in Deutschland zu verzeichnen waren¹⁸¹⁸.

In den von der Gerichtsmedizin Tübingen zwischen 1964 und 1977 untersuchten Fällen wurden beispielsweise insgesamt rund 93 % der Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt und eine Verurteilung erfolgte in nur etwa 7 % der Verfahren¹⁸¹⁹. Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch die Auswertung der arztstrafrechtlichen Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Heidelberg in der Zeit zwischen 1978 und 1980. 88 % der insgesamt 56 Fälle wurden noch im Ermittlungsverfahren wegen Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Von den übrigen, bei denen es zu einer Hauptverhandlung kam, wurden vier gegen Zahlung einer Geldbuße eingestellt, in nur zwei Fällen, also 3,6% der Verfahren, kam es zu einer rechtskräftigen Verurteilung, im Übrigen erfolgten Freisprüche¹⁸²⁰. In die gleiche Richtung weisen die Verfahrensausgänge arztstrafrechtlicher Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Aachen im Zeitraum zwischen 1978 und 1981. Auch hier war die absolute Zahl mit insgesamt 126 Fällen eher gering. Davon wurden in den 90 abgeschlossenen Fällen wegen fahrlässiger Körperverletzung (42 Fälle) und wegen fahrlässiger Tötung (48 Fälle) 85 Verfahren eingestellt, in zwei Fällen erfolgte ein Freispruch, in einem Fall erging ein Strafbefehl und nur in zwei Fällen erging ein Schuldspruch nach einer Hauptverhandlung¹⁸²¹. Eine Verurteilung erfolgte also nur in 2,4 % der Fälle. Dies deckt sich mit einer anderen Aussage in der Literatur, nach der Anfang der achtziger Jahre in nur etwa ein bis drei Prozent der arztstrafrechtlichen Fälle eine strafrechtliche Verurteilung erfolgte¹⁸²². Zu einem Ergebnis in derselben Größenordnung kommt man auch bei der Auswertung der von einem Anwalt im Zeitraum von Januar 1980 bis März 1987 bearbeiteten Fälle. Es handelte sich dabei insgesamt um 245 abgeschlossene Verfahren. 81,2 % der Fälle endeten mit einer Einstellung oder einer Nichteröffnung des Verfahrens nach einer Anklage. In 6,53 % erfolgte ein Freispruch nach einer Hauptverhandlung. In nur 2,04 % der Verfahren erging ein Strafbefehl, und in nur 4,9 % der Fälle erfolgte ein Schuldspruch nach einer Hauptverhandlung¹⁸²³. Gegen Ende der achtziger Jahre blieb die Zahl der rechtskräftigen Verurteilungen von Ärzten somit immer noch deutlich unter 10 % der Ermittlungsverfahren und die Quote der Einstellungen wegen fehlenden hinreichenden Tatverdachts lag zwischen 60 und 85 %, was angesichts der üblichen Einstellungsquote von rund 30 % beachtlich ist¹⁸²⁴. Die strafrechtlichen Ermittlungsverfahren führten Anfang der neunziger Jahre in etwa 2 bis 10% der Fälle zu Verurteilungen¹⁸²⁵. Ende der neunziger Jahre wurden etwa 90 % der Ermittlungsverfahren eingestellt, in den übrigen Fällen erging ein Urteil oder Strafbefehl, wobei es nur in insgesamt 5 % der Ermittlungsverfahren letztlich zu rechtskräftigen Verurteilungen kam¹⁸²⁶.

Auch wenn die absolute Zahl der Strafverfahren gering erscheint und die Quote der Verurteilungen deutlich unter 10 % liegt, darf die Bedeutung der Strafverfahren aus den bereits eingangs erwähnten Gründen nicht unterschätzt werden, weil die verschiedenen Folgen eines Strafverfahrens für den Arzt sehr schwerwiegend sein können. Deshalb bedeutete auch der Anstieg der Strafverfahren trotz gleich bleibend geringer Verurteilungsquote eine erhebliche Belastung für die Ärzteschaft.

¹⁸¹⁸ Peters, MedR 2003, S.219, 221.

¹⁸¹⁹ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208.

¹⁸²⁰ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208.

¹⁸²¹ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 208.

¹⁸²² Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

¹⁸²³ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 209.

¹⁸²⁴ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, S.1, 2.

¹⁸²⁵ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 8.

¹⁸²⁶ Ulsenheimer, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.27, 27.

III) Neues Instrument außergerichtlicher Streitbeilegung

1) Verbreitung, Organisation und Verfahrensweise der Gutachter- und Schlichtungsstellen

a) Hintergrund

Aufgrund dieser Situation bestand vor allem zur Zeit des Ansteigens der arztstrafrechtlichen Verfahren der Bedarf für ein neues Instrumentarium zur Konfliktlösung in den Fällen eines ärztlichen Behandlungsfehlers. Hintergrund für die ständig steigende Zahl an arztstrafrechtlichen Verfahren war nämlich folgende Entwicklung: Die Zahl der zivilrechtlichen Arzthaftungsverfahren stieg ständig an¹⁸²⁷. Die Patienten befanden sich in diesen Verfahren wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeiten auf die Behandlungsunterlagen und ihrer fehlenden Sachkenntnis angesichts der sie treffenden Beweislast in einer schwierigen Situation. Als Lösung gingen sie zunehmend dazu über, Strafanzeige gegen den Arzt zu erstatten. Im Rahmen des Strafverfahrens wurden nämlich gemäß dem dort im Gegensatz zum Zivilverfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz die nötigen Unterlagen von der Staatsanwaltschaft angefordert und ein Sachverständigengutachten erstellt. Die Patienten wurde so in die Lage versetzt, auf dieser Grundlage ohne eigene Aufwendungen die Erfolgsaussichten eines zivilrechtlichen Verfahrens prüfen zu können.

Diese Lösung war aber wegen ihrer Umständlichkeit für die Patienten nicht optimal und brachte für die Ärzte alle mit einem Strafverfahren verbundenen, bereits dargestellten Nachteile mit sich, so dass nach einer anderen Lösung gesucht wurde¹⁸²⁸. Als Ausweg aus dieser Situation sollten deshalb Institutionen geschaffen werden, die dem Patienten ohne Kostenlast ein Gutachten zur Prüfung seiner Ansprüche verschaffen, dem Schutz der Ärzte vor unnötigen Strafverfahren und Prozessen dienen und unter Umständen auch eine außergerichtliche Streitbeilegung zwischen Arzt und Patient herbeiführen sollten¹⁸²⁹.

b) Verbreitung

Seit 1975 wurde deshalb auf Initiative der Ärzteschaft begonnen, sogenannte Gutachter- oder Schlichtungsstellen zu gründen, die das Vorliegen ärztlicher Behandlungsfehler oder Fehler bei der Aufklärung untersuchen sollten¹⁸³⁰. Bis 1978 hatten alle deutschen Ärztekammern Gutachter- oder Schlichtungsstellen installiert¹⁸³¹, insgesamt deutschlandweit zehn solcher Einrichtungen¹⁸³².

Die beiden verschiedenen Arten der Einrichtungen, Gutachterstellen einerseits und Schlichterstellen andererseits, unterscheiden sich im praktischen Ergebnis ihrer Arbeit nicht wesentlich¹⁸³³. Da es das Ziel der sogenannten Schlichtungsstellen ist, die angefallenen Streitigkeiten außergerichtlich beizulegen, endet das Verfahren dort mit einem Ausgleichsvorschlag an die Haftpflichtversicherung des betroffenen Arztes oder in Zweifelsfällen mit einem Vergleichsvorschlag¹⁸³⁴. Da die Gutachterstellen vor allem dem Patienten ein Gutachten zur Beurteilung seiner etwaigen Ansprüche an die Hand geben wollen, sind sie in erster Linie auf die gutachterliche Beurteilung der einzelnen Fälle ausgerichtet¹⁸³⁵. Sie können jedoch bei Zustimmung

¹⁸²⁷ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸²⁸ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 183; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸²⁹ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 183; Bodenbug/ Matthies, VersR 1982, S.729, 729; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸³⁰ Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸³¹ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1661.

¹⁸³² Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸³³ Bodenbug/ Matthies, VersR 1982, S.729, 729.

¹⁸³⁴ Doms, NJW 1981, S.2489, 2489; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸³⁵ Doms, NJW 1981, S.2489, 2489.

aller Beteiligten auf die Begutachtung auch einen Schlichtungsversuch folgen lassen¹⁸³⁶. In beiden Verfahrensarten liegt also das Hauptaugenmerk auf der Begutachtung des Einzelfalls. Die haftungsrechtlichen Konsequenzen aus den so gewonnenen Erkenntnissen sind dann entweder offensichtlich oder müssen in Zweifelsfällen gerichtlich erstritten werden. Das Ergebnis beider Verfahren ist somit vergleichbar¹⁸³⁷.

c) Besetzung

Die Stellen bei den verschiedenen Ärztekammern sind unterschiedlich besetzt. Die Bestimmungen der Verfahrensordnungen der bayerischen Schlichtungsstelle und der Gutachterstelle der Ärztekammer Nordrhein dienten als Modelle für die entsprechenden Einrichtungen der übrigen Ärztekammern¹⁸³⁸. Die Schlichtungsstelle bei der Landesärztekammer Bayern besteht aus einem Arzt oder Facharzt als ständigem Mitglied, einem Arzt oder Facharzt mit Anerkennung für das von der Streitigkeit betroffenen Fachgebiet und je einem von beiden Beteiligten berufenen Vertreter, der Arzt oder Jurist mit Befähigung zum Richteramt sein muss¹⁸³⁹. Die Kommission bei der Ärztekammer Nordrhein setzt sich zusammen aus einem Juristen mit der Befähigung zum Richteramt als Vorsitzenden, je einem Facharzt für Chirurgie, innere Medizin und pathologische Anatomie und einem niedergelassenen Allgemeinpraktiker¹⁸⁴⁰.

d) Zuständigkeit

Da den Schlichtungsstellen eine Vereinbarung zwischen dem HUK-Verband, bei dem die jeweiligen Ärzte und Krankenhäuser privat haftpflichtversichert waren, und der jeweiligen Landesärztekammer zugrunde lag, konnten Krankenanstalten mit öffentlich-rechtlicher Trägerschaft an diesem Verfahren anfangs nicht teilnehmen¹⁸⁴¹, bis von manchen Ärztekammern, etwa der norddeutschen und der bayerischen, auch die unter kommunaler Trägerschaft stehenden Krankenanstalten der jeweiligen Stelle angeschlossen wurden¹⁸⁴². Bei den Gutachterstellen handelt es sich um Einrichtungen der jeweiligen Ärztekammer, an deren Errichtung die Haftpflichtversicherungen nicht beteiligt waren. Sie sind deshalb zuständig für alle Verfahren gegen einen Arzt ihres jeweiligen Bezirks¹⁸⁴³.

Die Gutachter- und Schlichtungsstellen sind unabhängig von den gerade ausgeführten Besonderheiten nicht zuständig für Streitigkeiten über Honorarfragen oder für Ansprüche gegen Versicherungsträger oder Gesundheitsbehörden¹⁸⁴⁴. Voraussetzung für ihr Tätigwerden ist ferner, dass von dem Verfahren ein der jeweiligen Kammer angehöriger Arzt betroffen ist, und dass seit der Begehung des geltend gemachten Behandlungsfehlers nicht mehr als fünf Jahre verstrichen sind¹⁸⁴⁵. Die Gutachter- und Schlichtungsstellen werden nicht tätig, wenn bereits ein Zivil- oder Strafverfahren anhängig oder abgeschlossen ist¹⁸⁴⁶.

¹⁸³⁶ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸³⁷ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸³⁸ Doms, NJW 1981, S.2489, 2489.

¹⁸³⁹ Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸⁴⁰ Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸⁴¹ Bodenburg, VersR 1981, S.996, 997.

¹⁸⁴² Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 729.

¹⁸⁴³ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184.

¹⁸⁴⁴ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184.

¹⁸⁴⁵ Doms, NJW 1981, S.2489, 2490; Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸⁴⁶ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

e) Verfahren

Die Verfahren vor den Gutachter- und den Schlichtungsstellen unterscheiden sich nur in Details¹⁸⁴⁷. Für den Ablauf des Verfahrens war wieder für die Schlichtungsstellen die Verfahrensordnung der Bayerischen Landesärztekammer und für die Gutachterkommissionen die Verfahrensordnung der Ärztekammer Nordrhein vorbildhaft¹⁸⁴⁸.

Die bayerische Schlichtungsstelle wird auf schriftlichen Antrag des Arztes, seines Verteidigers, des Krankenhausträgers oder des Patienten tätig, wenn keiner der übrigen Beteiligten dem Verfahren widersprochen hat. Sie versucht dann, unter Einbeziehung der Krankenakten den Sachverhalt aufzuklären und einen Vorschlag zur Beilegung der Streitigkeit zu machen¹⁸⁴⁹. Das Verfahren selbst ist schriftlich und gebührenfrei¹⁸⁵⁰ und endet mit einem schriftlichen Gutachten zu der Frage, ob eine Haftpflicht dem Grunde nach bestehe¹⁸⁵¹. Das Gutachten enthält auch einen Vorschlag zur Beilegung der Streitigkeit. Die Kosten für das von ihnen berufene Mitglied müssen der Arzt und der Patient jeweils selbst tragen¹⁸⁵².

Die Gutachterkommission bei der Ärztekammer Nordrhein wird auf schriftlichen Antrag des Arztes oder des Patienten tätig. Die Teilnahme am Verfahren vor der Gutachterkommission ist ebenfalls freiwillig, so dass auch hier der Antragsgegner dem Verfahren zustimmen muss¹⁸⁵³. Nach Eröffnung des Verfahrens wird der Sachverhalt unter Beiziehung der Krankenakten und zum Teil auch zusätzlich durch eine Untersuchung des Patienten durch einen Gutachter ermittelt¹⁸⁵⁴. Dabei steht auch hier am Ende des gebührenfreien Verfahrens, das eine mündliche Erörterung einschließt, ein schriftliches Gutachten zu der Fragestellung, ob der Arzt durch einen schuldhaften Behandlungsfehler den Patienten geschädigt hat. Eine Besonderheit besteht hier darin, dass die Kommission bei Zustimmung der Beteiligten auch einen Schlichtungsversuch unternehmen kann¹⁸⁵⁵. Am Ende der Prüfung wird somit entweder festgestellt, dass ein Schadensersatzanspruch nicht besteht, oder der Haftpflichtversicherung des Arztes wird ein Vorschlag zum Ausgleich des Schadens gemacht¹⁸⁵⁶. Konnte der Beschluss der Gutachterkommission nicht einstimmig gefasst werden, kann die Mindermeinung mit ihrer Begründung den Beteiligten bekannt gegeben werden¹⁸⁵⁷.

Diese Verfahrensordnungen werden von den einzelnen Stellen jedoch verschieden gehandhabt¹⁸⁵⁸. Die Prüfung des Gutachtens durch die Kommission erfolgt in den einzelnen Stellen unterschiedlich gründlich. Zum Teil wird das medizinische Gutachten nur cursorisch von einem Juristen überprüft, zum Teil findet eine eingehende Prüfung durch das gesamte Gremium der Stelle statt¹⁸⁵⁹.

f) Wirkung

Das Ergebnis der Verfahren ist für die Parteien nicht bindend. Da die Parteien die personelle Zusammensetzung der Stellen nicht frei bestimmen konnten, handelt es

¹⁸⁴⁷ Eberhardt, NJW 1986, S.747, 747.

¹⁸⁴⁸ Doms, NJW 1981, S.2489, 2489.

¹⁸⁴⁹ Doms, NJW 1981, S.2489, 2490; Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸⁵⁰ Doms, NJW 1981, S.2489, 2490; Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸⁵¹ Doms, NJW 1981, S.2489, 2490; Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸⁵² Doms, NJW 1981, S.2489, 2490.

¹⁸⁵³ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸⁵⁴ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 7.

¹⁸⁵⁵ Doms, NJW 1981, S.2489, 2490; Laufs, NJW 1976, S.1121, 1122.

¹⁸⁵⁶ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184.

¹⁸⁵⁷ Doms, NJW 1981, S.2489, 2490.

¹⁸⁵⁸ Doms, NJW 1981, S.2489, 2491.

¹⁸⁵⁹ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 7.

sich nicht um Schiedsgerichte im Sinne der §§ 1025 ff ZPO a.F.¹⁸⁶⁰. Somit können die Beteiligten weiterhin unabhängig vom Ausgang des jeweiligen Verfahrens ihre Ansprüche auch auf dem Zivilrechtsweg verfolgen¹⁸⁶¹. Dabei sind sie dann aber insofern an ihre getroffenen tatsächlichen Erklärungen gebunden, als sie der prozessualen Wahrheitspflicht unterliegen¹⁸⁶².

2) Zahlen

a) Anstieg der Verfahren

Die Bedeutung der Gutachter- und Schlichtungsstellen wuchs schon bald nach ihrer Einführung¹⁸⁶³. Die Zahl der Anträge stieg stetig an¹⁸⁶⁴. Konkrete Zahlen existieren jedoch auch hier nur vereinzelt.

Im Jahre 1980 verzeichnete etwa die Gutachterkommission der Landesärztekammer Baden-Württemberg einen Anstieg der Anträge um 25 %¹⁸⁶⁵ und bei der Schlichtungsstelle der norddeutschen Ärztekammer stieg in der Zeit von 1980 bis 1986 die Zahl der jährlichen Anträge von 600 auf 1.600¹⁸⁶⁶. Die Zahl der vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen insgesamt geltend gemachten Ansprüche steigerte sich im Laufe der neunziger Jahre stetig um etwa 10 % jährlich¹⁸⁶⁷. So wurden im Jahre 1992 noch 6.347 Anträge gezählt, im folgenden Jahr schon 6.685 und 1994 sogar schon über 7.000 Anträge¹⁸⁶⁸. Im Jahre 1997 betrug die Zahl der Anträge bundesweit etwa 8.900¹⁸⁶⁹, im Jahre 1999 bereits 9.800¹⁸⁷⁰. Die Zahl der Anträge bei der Gutachterstelle Nordrhein stieg von 1.023 Anträgen 1990¹⁸⁷¹ auf 1.602 Anträge im Jahre 2000¹⁸⁷². Bei der norddeutschen Schlichtungsstelle stieg die Zahl der Anträge von 1990 bis 2000 von etwa 1.400 auf etwa 3.800¹⁸⁷³.

b) Ausgang der Verfahren

Auch über die Ergebnisse der Arbeit der Gutachter- und Schlichtungsstellen wurden sehr bald erste Zahlen veröffentlicht. Eine kontinuierliche statistische Erfassung für die einzelnen Stellen und alle Stellen zusammen fehlt jedoch.

Die Gesamtzahl der von den Gutachter- und Schlichtungsstellen im Zeitraum von 1975 bis 1981 erledigten Anträge belief sich auf 11.448. Dabei erging in 4.482 Fällen eine Sachentscheidung und in 25 % davon wurde ein Haftungstatbestand angenommen¹⁸⁷⁴. Im Zeitraum von 1982 und 1983 waren bei allen deutschen Gutachter- und Schlichtungsstellen insgesamt 4.986 Anträge eingegangen. Davon wurden 1.899 Fälle aus Verfahrensgründen eingestellt, in 3.087 Fällen erging eine Sachent-

¹⁸⁶⁰ Doms, NJW 1981, S.2489, 2491.

¹⁸⁶¹ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184; Bodenburg, VersR 1981, S.996, 998; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 6.

¹⁸⁶² Doms, NJW 1981, S.2489, 2492.

¹⁸⁶³ Laufs, NJW 1982, S.1319, 1323.

¹⁸⁶⁴ Doms, NJW 1981, S.2489, 2491; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 7.

¹⁸⁶⁵ Laufs, NJW 1981, S.1289, 1290.

¹⁸⁶⁶ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 7.

¹⁸⁶⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.26.

¹⁸⁶⁸ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 59.

¹⁸⁶⁹ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage, S.14.

¹⁸⁷⁰ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 2. Auflage, S.15.

¹⁸⁷¹ Pelz, DRiZ 1998, S.473, 473.

¹⁸⁷² Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.145.

¹⁸⁷³ Neu/ Petersen/ Schellmann, Arzthaftung, S.524.

¹⁸⁷⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.26.

scheidung. In insgesamt 933 Verfahren also rund 30 % der Sachentscheidungen, wurde dabei ein Behandlungs- oder Aufklärungsfehler festgestellt¹⁸⁷⁵.

Im Zeitraum von 1975 bis 1986 waren insgesamt 27.325 Anträge, in 54 % davon Sachentscheidungen und in 28 % dieser Fälle die Annahme eines Behandlungsfehlers zu verzeichnen. Die Zahl der Anträge hatte sich also von 1982 bis 1986 fast verdoppelt¹⁸⁷⁶. Auch die Quote der festgestellten ärztlichen Behandlungsfehler stieg seit Errichtung der Gutachter- und Schlichtungsstellen von anfangs 20 bis 30 % zwar nicht stark aber dennoch so kontinuierlich an, dass sie 1988 durchschnittlich bei 30 bis 35 % der Verfahren lag¹⁸⁷⁷. Ein Erklärungsansatz hierfür ist der, dass zu Beginn noch viele Altfälle vor die Gutachter- und Schlichtungsstellen gebracht wurden, und deshalb die Sachverhalte für das Bejahen eines Behandlungsfehlers nicht hinreichend sicher aufgeklärt werden konnten¹⁸⁷⁸.

Besonders umfangreiches Zahlenmaterial existiert zur Arbeit der Gutachterkommission der Ärztekammer Nordrhein. So teilte diese Gutachterkammer nach ungefähr einem Jahr ihrer Tätigkeit von 1975 bis 1976 mit, dass in diesem Zeitraum 760 Anträge eingegangen seien, von denen nach Ausscheiden der nicht in ihre Zuständigkeit fallenden und zurückgenommenen oder nicht weiter verfolgten Fälle in 419 Fällen ein sachlicher Beschluss ergehen sollte. Von denen zum Zeitpunkt der Mitteilung abgeschlossenen 74 Fällen wurde in sieben das Vorliegen eines Behandlungsfehlers bejaht. Pro Monat gingen etwa 20 bis 25 neue Anträge ein¹⁸⁷⁹. Zwischen Dezember 1975 und Dezember 1979 wurden vor der Gutachterstelle insgesamt 2.424 Anträge gestellt, 36,1 % davon durch Gutachten erledigt und davon in 17,27 % der Fälle ein Behandlungsfehler festgestellt¹⁸⁸⁰. Im Zeitraum von 1975 bis 1985 waren bei der Gutachterkommission insgesamt 5.292 Anträge eingegangen. Davon erging in 3.498 Fällen eine Sachentscheidung und in 22,29 % dieser Fälle wurde ein Behandlungsfehler festgestellt¹⁸⁸¹. Im Jahre 1981 stellte die Gutachterstelle etwa in 25 % der entschiedenen Fälle einen Behandlungsfehler fest¹⁸⁸². Im Zeitraum von Oktober 1984 bis Oktober 1985 waren bei der Gutachterkommission 672 Anträge eingegangen, von denen 502 durch eine Sachentscheidung abgeschlossen wurden. Die Quote der festgestellten Behandlungsfehler betrug dabei 30,32%¹⁸⁸³. Im Zeitabschnitt 1994/ 95 lag sie bei 37 %¹⁸⁸⁴, im Jahre 2001 bei 35 %¹⁸⁸⁵.

Differenziert nach Fachgebiet und Tätigkeitsbereich der betroffenen Ärzte wurden folgende Ergebnisse festgehalten: Mehr als drei Viertel der Anträge vor der Gutachterkommission im Zeitraum 1975/ 1976 betrafen operative Fachgebiete, in 70% der Fälle waren Ärzte im Krankenhaus, in den übrigen Fällen niedergelassene Ärzte betroffen¹⁸⁸⁶. Die Behandlungsfehlerquote im Zeitraum von 1975 bis 1985 bei den niedergelassenen Ärzten betrug 26,13 % und bei den Krankenhausärzten 20,62 %¹⁸⁸⁷. Die vier am häufigsten betroffenen Fachgebiete waren dabei mit 1.355 Anträgen die Chirurgie, mit 400 Anträgen die Orthopädie, mit 306 Anträgen die Gynäkologie und mit 211 Anträgen die innere Medizin. Die bestätigten Behandlungsfehlerquoten in diesen Bereichen lagen bei 20,89 % in der Chirurgie, 24,50 % in der Or-

¹⁸⁷⁵ Deutsch/ Matthies, Arzthaftungsrecht, 1. Auflage, S.73.

¹⁸⁷⁶ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.26.

¹⁸⁷⁷ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁸⁷⁸ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁸⁷⁹ Laufs, NJW 1977, S.1081, 1081.

¹⁸⁸⁰ Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.46.

¹⁸⁸¹ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, Anhang S.8.

¹⁸⁸² Laufs, NJW 1982, S.1319, 1323.

¹⁸⁸³ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, Anhang S.9.

¹⁸⁸⁴ Pelz, DRiZ 1998, S.473, 473.

¹⁸⁸⁵ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 2. Auflage, S.15.

¹⁸⁸⁶ Laufs, NJW 1977, S.1081, 1081.

¹⁸⁸⁷ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, Anhang S.9.

thopädie, 24,84 % in der Gynäkologie und 23,22 % in der inneren Medizin¹⁸⁸⁸. Bei denen von der Gutachterkommission zwischen Dezember 1975 und Dezember 1988 festgestellten Behandlungsfehlern waren am häufigsten die Fächer Chirurgie (41,1 %), Gynäkologie (14,4 %) und Orthopädie (10,7 %) betroffen. In 67,8 % der Fälle richteten sich die Vorwürfe gegen Krankenhausärzte und in 32,3 % der Fälle gegen niedergelassene Ärzte¹⁸⁸⁹.

Auch in Bezug auf die übrigen Gutachter- oder Schlichtungsstellen existieren einzelne Zahlen über die dortigen Verfahren und Ergebnisse. Vor der norddeutschen Schlichtungsstelle gingen von November 1976 bis Dezember 1978 2.011 Anträge ein. Davon wurden 24,6 % der Fälle durch ein Gutachten beendet und in 30,57 % hiervon ein Behandlungsfehler nachgewiesen¹⁸⁹⁰. Vor der bayerische Schlichtungsstelle wurden im Zeitraum von Juli 1975 bis Dezember 1979 1.438 Anträge gestellt, von denen nach Ausscheiden der Fälle von Unzuständigkeit und Verjährung in 20,7 % der Fälle ein Gutachten erging und in rund 32 % hiervon ein Behandlungsfehler und in 2,0 % eine Aufklärungspflichtverletzung festgestellt wurde¹⁸⁹¹. Die Gutachterkommission der Landesärztekammer Baden-Württemberg verzeichnete im Jahre 1980 in 17 % der Eingänge, was 25 % der Bescheide entsprach, einen Behandlungsfehler¹⁸⁹². Im Jahre 1980 wurden bei den Gutachter- und Schlichtungsstellen der Ärztekammerbereiche Norddeutschland, Nordrhein, Westfalen-Lippe und Saarland 1.332 Anträge erledigt, davon wurden 681 Fälle bereits im Vorfeld durch Beratung und 651 durch eine Entscheidung abgeschlossen. Diese Entscheidungen beinhalteten in 24,7 % der Fälle einen zusprechenden, in 75,3 % der Fälle einen verneinenden Beschluss¹⁸⁹³. Die Erfolgsquote der Anspruchsteller vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen blieb auch nach den achtziger Jahren hoch. Im Jahre 1995 lag sie bei der Ärztekammer Westfalen-Lippe bei etwa 28 % der untersuchten Fälle¹⁸⁹⁴. Im Jahre 1997 lag die Erfolgsquote in Bayern bei 16 %, in Hessen bei 44 %¹⁸⁹⁵. Auch im Jahre 2001 war die Quote der anerkannten Ansprüche bei den einzelnen Kommissionen verschieden und reichte von 17,8 % bei der Ärztekammer Bayern bis zu 35 % bei der Ärztekammer Nordrhein¹⁸⁹⁶.

c) Dauer der Verfahren

Die Dauer der Verfahren beträgt durchschnittlich zwischen acht und vierzehn Monaten¹⁸⁹⁷, wobei die meisten Fälle bei allen Stellen wohl in einer Frist von sechs bis zwölf Monaten erledigt werden¹⁸⁹⁸. Im Jahre 1980 beispielsweise dauerte das Verfahren vor der Gutachterkommission der Landesärztekammer Baden-Württemberg in 70 % der Fälle unter einem halben Jahr¹⁸⁹⁹.

d) Quote endgültiger Streitbeilegung

Auch zur Frage, wie häufig nach dem Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen noch die Gerichte in Anspruch genommen werden, liegen nur vereinzelte Zahlen vor. 1988 betrug die Quote der Verfahren, in denen nach Abschluss des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle noch ein staatliches Gericht angerufen

¹⁸⁸⁸ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, Anhang S.9.

¹⁸⁸⁹ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.146.

¹⁸⁹⁰ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 185; Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.46.

¹⁸⁹¹ Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.46.

¹⁸⁹² Laufs, NJW 1981, S.1289, 1290.

¹⁸⁹³ Giesen, JZ 1982, S.345, 346, Fn.29.

¹⁸⁹⁴ Pelz, DRiZ 1998, S.473, 473.

¹⁸⁹⁵ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage, S.77.

¹⁸⁹⁶ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 2. Auflage, S.15, 89.

¹⁸⁹⁷ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁸⁹⁸ Eberhardt, NJW 1986, S.747, 748.

¹⁸⁹⁹ Laufs, NJW 1981, S.1289, 1290.

wurde, bei der Schlichtungsstelle der norddeutschen Ärztekammer 1 %¹⁹⁰⁰. Durchschnittlich betrug diese Quote etwa 7 bis 11 %¹⁹⁰¹. Bei der norddeutschen Schlichtungsstelle wurden im Jahre 1992 in 91,4 % der Fälle durch das Schlichtungsverfahren Gerichtsverfahren vermieden, nur in 8,6 % der Fälle schloss sich eine gerichtliche Auseinandersetzung an¹⁹⁰². Im Jahre 1995 wurden bei der Gutachterkommission Nordrhein 10,5 % der Fälle noch vor ein ordentliches Gericht gebracht, die Quote der abweichenden Urteile lag unter einem Prozent¹⁹⁰³. Eine strafrechtliche Verfolgung schloss sich an ein beendetes Begutachtungsverfahren praktisch nie an¹⁹⁰⁴.

Insgesamt scheint also das Erreichen der oben genannten Ziele, das Verhindern eines weiteren Anstiegs der Arztstrafverfahren und die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, die Einführung der neuen Stellen zu rechtfertigen.

3) Bewertung

Über die mit den Gutachter- und Schlichtungsstellen verbundenen Vor- und Nachteile war und ist man allerdings in der Literatur geteilter Ansicht.

a) Nachteile

aa) Befürchtete Nachteile

Schon bei Einführung der Gutachter- und Schlichtungsstellen begegnete ihnen ein Teil der Literatur skeptisch. Als möglicher Nachteil wurde gesehen, dass durch den Schlichtungsversuch dem ohnehin schon dreistufigen Gerichtsverfahren noch eine weitere Instanz vorgeschaltet werden könnte. Zudem befürchtete man, das Verfahren könnte rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen¹⁹⁰⁵. Als problematisch sah man weiterhin an, dass die Stellen zu den Landesärztekammern gehörten oder zumindest zu einem Großteil von diesen finanziert wurden, so dass Zweifel an der Objektivität der Entscheidungen aufkommen könnten¹⁹⁰⁶.

Wegen dieser befürchteten Nachteile wurde auch im Rahmen der Beschlüsse des 52. Deutschen Juristentages 1978 gefordert, die Patientenseite müsse an der Trägerschaft für die Stellen beteiligt werden. Zudem müssten bestimmte Verfahrensregeln, wie etwa die Garantie einer zügigen Sachverhaltsaufklärung, Befragungsrechte der Betroffenen, die mündlicher Erörterung der Gutachten, eine Sicherung der Beweise und die Verfahrensleitung durch einen Juristen garantiert werden. Außerdem sollte das Anrufen der Stellen ebenso zu einer Verjährungsunterbrechung führen wie die Klageerhebung¹⁹⁰⁷.

bb) Eingetretene Nachteile

Ein Teil dieser im Vorfeld geäußerten Bedenken scheint sich tatsächlich bewahrheitet zu haben, nachdem die Gutachter- und Schlichtungsstellen ihre Arbeit aufgenommen hatten. Als nachteilig am Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen stellte sich heraus, dass das Ergebnis des Verfahrens nur ein Gutachten zum Haftungsgrund ist, und dass keine Anhaltspunkte für Kausalitätsfragen oder den Haftungsumfang daraus ersichtlich sind. Sollten diese Fragen im Streit stehen, kann der Patient seinen Anspruch nur durch weitere Schritte, etwa eine Klage, durchsetzen¹⁹⁰⁸. Dies kann im Gegensatz zum sofortigen Erheben einer Klage zu

¹⁹⁰⁰ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6,8.

¹⁹⁰¹ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁹⁰² Neu/ Petersen/ Schellmann, Arzthaftung, S.526.

¹⁹⁰³ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 2. Auflage, S.91.

¹⁹⁰⁴ Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3.Auflage, S.155.

¹⁹⁰⁵ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1661.

¹⁹⁰⁶ Eberhardt, NJW 1986, S.747, 749.

¹⁹⁰⁷ Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 323; Steffen, Referat zum 52. DJT, S.I 8, I 28.

¹⁹⁰⁸ Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 731.

einer Verzögerung des Verfahrens führen, um so mehr als zum Teil auch die gegenüber den Zivilverfahren verkürzte Verfahrensdauer vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen als zu lang bezeichnet wird. Zum ersten stehe am Ende des Verfahrens ja nur ein Bescheid über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers aber keine durchsetzbare Feststellung eines Anspruchs. Zum zweiten sei die Dauer deshalb zu lang, weil vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen keine zeitaufwändigen Verfahren stattfänden und auch keine umfassende Rechtsprüfung vorgenommen werden müsse¹⁹⁰⁹. Folge der Vorschaltung des außergerichtlichen Verfahrens kann aber nicht nur eine längere Dauer der Streitigkeit bis zum Erlangen eines Ausgleichsanspruchs sein, sondern sie kann auch zum Beweismittelverlust für das gerichtliche Verfahren führen¹⁹¹⁰. Als weiterer Nachteil des Verfahrens vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen wird gesehen, dass sich dieses Verfahren zur Behandlung von Aufklärungsfehlern nur sehr begrenzt eigne. Zur Klärung der Tatsachen, ob und auf welche Weise aufgeklärt wurde, sei nämlich in der Regel die Auswertung von Zeugenaussagen nötig, was vor den Vermittlungsstellen nicht erfolge¹⁹¹¹. Problematisch für den Patienten kann außerdem auch der Umstand werden, dass das Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen allenfalls die Verjährung im Verhältnis zum anderen Beteiligten, also etwa dem betroffenen Arzt, unterbrechen kann. Für den Krankenhausträger oder einen anderen an der Behandlung beteiligten, aber zunächst nicht in Anspruch genommenen Arzt, ist die Einrede der Verjährung durch das Vermittlungsverfahren nicht ausgeschlossen¹⁹¹².

Auch rechtsstaatliche Bedenken gegen das Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen werden vorgebracht, und zwar vor allem aus zwei Gründen. In Bezug auf die Rechtssicherheit besorgniserregend seien die teilweise stark voneinander abweichenden Ergebnisse der verschiedenen Stellen. So schwanken die Zahlen der festgestellten Behandlungsfehler in den einzelnen Stellen von 11,5 bis fast 50 %. Die maßgeblichen Gründe hierfür sind nicht eindeutig, aber wohl in der unterschiedlichen Handhabung der Fälle durch den jeweils zuständigen Juristen und die ihn unterstützenden Gutachter zu sehen¹⁹¹³. Rechtsstaatliche Bedenken wurden zunächst auch deshalb laut, weil die Rechtsprechung immer häufiger dazu überging, Prozesskostenhilfe nur nach einer vorherigen Anrufung der Gutachter- oder Schlichtungsstellen zu gewähren¹⁹¹⁴. Diese Stellen eigneten sich jedoch für die Durchführung eines solchen „Vorverfahrens“ nicht, da die Verfahrensweise den Anforderungen an ein gerichtliches Verfahren nur begrenzt gerecht werde. Grund hierfür sei vor allem die Besetzung des Spruchkörpers größtenteils durch Mediziner und die Verfahrensweise zum Beispiel ohne feste Beweisregeln und weitgehend ohne mündliche Erörterungen¹⁹¹⁵. Doch schon bald wurde das Anrufen einer Gutachter- oder Schlichtungsstelle als Voraussetzung für das Gewähren von Prozesskostenhilfe von einigen Oberlandesgerichten abgelehnt, so etwa durch das OLG Oldenburg am 24. Juni 1988¹⁹¹⁶ und das OLG Düsseldorf am 16. Januar 1989¹⁹¹⁷. Dieser Kritikpunkt wurde damit hinfällig.

Auch die Befürchtungen in Bezug auf die fehlende Objektivität der Stellen haben sich nicht bewahrheitet. Es sind keine Fälle bekannt, in denen die Standesvertretung Einfluss auf die Entscheidung zu Gunsten des betroffenen Arztes genommen

¹⁹⁰⁹ Eberhardt, NJW 1986, S.747, 748.

¹⁹¹⁰ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁹¹¹ Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁹¹² Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 732, 733.

¹⁹¹³ Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 732.

¹⁹¹⁴ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506.

¹⁹¹⁵ Giesen, JZ 1990, S.1053, 1056.

¹⁹¹⁶ OLG Oldenburg MedR 1988, S. 274 ff.

¹⁹¹⁷ OLG Düsseldorf NJW 1989, S. 2955 ff; vgl. Giesen, JZ 1990, S.1053, 1056.

hätte¹⁹¹⁸. Die Gutachten liefern somit eine objektive Beurteilungsgrundlage für den jeweiligen Fall¹⁹¹⁹.

b) Vorteile

Ein Teil der Literatur begrüßte die Einführung der Gutachter- und Schlichtungsstellen aber auch.

aa) Erhoffte Vorteile

Die Vorteile, die man sich hiervon erhoffte, waren neben den bereits genannten Zielen folgende: Die Verfahren vor diesen Stellen sollten durch eine verbesserte Position des Patienten zu einem ausgeglichenen Verhältnis zwischen Arzt und Patient führen¹⁹²⁰. Auch hegte man die Erwartung, die Krankenhäuser und Ärzte könnten aus der Veröffentlichung der Ergebnisse für die künftige Vermeidung von Behandlungs- und Aufklärungsfehlern lernen¹⁹²¹.

bb) Eingetretene Vorteile

Man stellte auch bald nach Errichtung fest, dass das Verfahren vor diesen Stellen sowohl für die Patienten, als auch für die Ärzteschaft, als auch für die Gerichte tatsächlich deutliche Vorteile mit sich brachte.

Im Gegensatz zu gerichtlichen Verfahren, bei denen die Erfolgsquote der klagenden Patienten bei etwa zehn Prozent liegt, liegt die Erfolgsquote für die Patienten mit rund 30 % deutlich höher¹⁹²². Ein entscheidender Vorteil für die Beteiligten ist ferner die Kostenfreiheit der Verfahren¹⁹²³. Jeder Beteiligte muss nur für seine Auslagen aufkommen, Kosten für die Gegenseite sind nie zu ersetzen und die mit der Begutachtung verbundenen Sachverständigen- und Laborkosten werden von den Ärztekammern aufgebracht¹⁹²⁴. Ein anderer deutlicher Vorteil dieser Verfahren ist auch, dass an der Sachverhaltsaufklärung Ärzte beteiligt sind und dass Mediziner und Juristen durch ihre enge Zusammenarbeit die bisher häufig erforderlichen Zusatzgutachten überflüssig machen¹⁹²⁵. Zudem wird der Sachverhalt von vornherein durch mehrere Sachverständige geprüft, so dass man nicht wie im gerichtlichen Verfahren darauf angewiesen ist, dass ein Sachverständiger die nötige Fachkenntnis für alle Fragen besitzt und seine eigenen Kenntnisse realistisch einschätzt¹⁹²⁶. Eine beachtliche Erleichterung bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche brachte für die Beteiligten auch die gegenüber den zivilprozessualen Verfahren deutlich kürzere Dauer und die fehlende Bindung an strenge formale Vorschriften¹⁹²⁷.

Als deutlicher Vorteil der Gutachter- und Schlichtungsstellen sowohl für die Beteiligten als auch für die Gerichte zeichnete sich des weiteren schon bald nach ihrer Einführung ab, dass sie zu einer raschen Sachverhaltsaufklärung und in den meisten Fällen zu einer Konfliktbeilegung führen, so dass eine deutliche Entlastung der Gerichte eintrat¹⁹²⁸. Das liegt zum ersten daran, dass in der Regel nur wenige Verfahren am Widerspruch eines Beteiligten scheitern. Die Quote lag zwischen 1979 und

¹⁹¹⁸ Eberhardt, NJW 1986, S.747, 749.

¹⁹¹⁹ Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 730.

¹⁹²⁰ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1661.

¹⁹²¹ Laufs, NJW 1982, S.1319, 1323.

¹⁹²² Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 731.

¹⁹²³ Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 730; Kohnle, DRiZ 1983, S.140, 141; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506; Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6, 8.

¹⁹²⁴ Doms, NJW 1981, S.2489, 2492.

¹⁹²⁵ Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183, 184; Kohnle, DRiZ 1983, S.140, 141.

¹⁹²⁶ Doms, NJW 1981, S.2489, 2492.

¹⁹²⁷ Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 730; Doms, NJW 1981, S.2489, 2492.

¹⁹²⁸ Kohnle, DRiZ 1983, S.140,142; Laufs, NJW 1977, S.1081, 1082; Laufs, NJW 1978, S.1177, 1180.

1981 durchschnittlich bei etwa zwei Prozent, nur in der norddeutschen Schlichtungsstelle lag diese Quote bei fast acht Prozent¹⁹²⁹. Zum zweiten erkennen die Haftpflichtversicherungen der Ärzte die Bescheide der Gutachter- und Schlichtungsstellen regelmäßig an, so dass die Gerichte und Staatsanwaltschaften deutlich entlastet werden¹⁹³⁰.

Die besondere Bedeutung der Verfahren liegt auch darin, dass sie die Patienten aus ihrer vorprozessualen Beweisnot befreien. Sie können auf der Grundlage des erlangten ärztlichen Gutachtens die Erfolgsaussichten eines Gerichtsverfahrens abschätzen. Die für die Erstattung des Gutachtens notwendigen Unterlagen werden von der Gutachter- oder Schlichtungsstelle beschafft¹⁹³¹. Deshalb war nicht nur zu erwarten, dass die Patienten seltener den Weg über das Strafverfahren wählen würden, um an die entsprechenden Unterlagen zu gelangen. Es waren nunmehr auch die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Staatsanwaltschaften das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das bisher häufig bejaht worden sein dürfte, um den Patienten aus ihren Beweisschwierigkeiten zu helfen, nicht mehr so häufig anzunehmen brauchen¹⁹³². Schon bald nach Einführung der Gutachter- und Schlichtungsstellen wurden auch tatsächlich vor allem von anwaltlich beratenen Patienten zunehmend Anträge bei diesen Stellen gestellt, anstatt eine Strafanzeige gegen den betroffenen Arzt zu erstatten¹⁹³³. Es begannen zudem sogar die Gerichte, anhängige Verfahren zu unterbrechen, um den Parteien die Einholung eines Bescheids der Kommission zu ermöglichen, mit dem dann das Verfahren nicht selten abgeschlossen wird¹⁹³⁴. Diese Vermeidung von gerichtlichen Verfahren entlastet nicht nur die Gerichte, sondern bewahrt auch die Ärzteschaft vor den bereits erwähnten negativen Folgen der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren oder der Strafverfahren¹⁹³⁵. Aber auch wenn es nach dem Schlichtungsverfahren noch zu einer zivilrechtlichen gerichtlichen Auseinandersetzung kommen sollte, kann das schon erstellte Gutachten im Wege des Urkundsbeweises in das Verfahren eingeführt werden und eine erneute Begutachtung ist nur auf Rüge einer Partei hin nötig¹⁹³⁶. Auf jeden Fall aber bleibt dem Patienten die Einholung eines vorprozessualen Sachverständigengutachtens, ohne das eine Klageerhebung vielfach nur schwer möglich ist, erspart¹⁹³⁷.

Zum Teil wird über diese wichtigsten Vorteile hinaus auch angenommen, die Stellen könnten durch ihre Arbeit das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft wieder stärken¹⁹³⁸. Ein weiterer positiver Aspekt, den die Gutachter- und Schlichtungsstellen mit sich bringen, ist der, dass diese Stellen, wenn auch bislang nur partiell, versuchen, durch die Auswertung ihrer Arbeit Erkenntnisse über die Vermeidbarkeit von Fehlern zu gewinnen und diese durch entsprechende Veröffentlichung für die Ärzte und Krankenhäuser nutzbar zu machen, so etwa die Ärztekammer Nordrhein in Bezug auf Cortisoninjektionen¹⁹³⁹.

c) Zusammenfassung

Insgesamt ist nach alldem die Einführung der Gutachter- und Schlichtungsstellen positiv zu beurteilen, da die Vorteile die Nachteile mehr als ausgleichen. Die

¹⁹²⁹ Eberhardt, NJW 1986, S.747, 750.

¹⁹³⁰ Laufs, NJW 1984, S.1383, 1385.

¹⁹³¹ Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729, 730.

¹⁹³² Kohnle, DRiZ 1983, S.140, 142.

¹⁹³³ Doms, NJW 1981, S.2489, 2491.

¹⁹³⁴ Laufs, NJW 1982, S.1319, 1323.

¹⁹³⁵ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506.

¹⁹³⁶ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506.

¹⁹³⁷ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506.

¹⁹³⁸ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506.

¹⁹³⁹ Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.311.

Nachteile wiegen bei näherer Betrachtung nämlich nicht besonders schwer. So ist zwar richtig, dass in dem Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen keine rechtlich bindenden Entscheidungen zu allen Fragen des geltend gemachten Anspruchs ergehen. Da aber die Ergebnisse der Begutachtung von allen Beteiligten meist freiwillig akzeptiert und als Grundlage des Ausgleichs herangezogen werden, fällt dieser Aspekt kaum ins Gewicht. Auch die Befürchtung einer zusätzlichen Instanz in Arzthaftungsstreitigkeiten hat sich nicht bestätigt, da das Verfahren freiwillig ist und auch eine obligatorische Durchführung vor der Gewährung von Prozesskostenhilfe von der Rechtsprechung abgelehnt wurde. Die rechtstaatlichen Bedenken sind damit unbegründet. Auch scheint man das Ziel, die Einleitung arztstrafrechtlicher Ermittlungsverfahren als Vorbereitung für einen anschließenden Zivilprozess zu vermeiden, angesichts der sich kaum mehr verändernden Zahl der Arztstrafverfahren erreicht zu haben. Des Weiteren stellt die Dauer des Verfahrens keinen echten Nachteil dar. Zum ersten steht die Durchführung im Ermessen der Beteiligten, die wissen, worauf sie sich einlassen. Zum zweiten ist in den Fällen, in denen die Streitigkeit durch dieses Verfahren abgeschlossen wird, die Verfahrensdauer erheblich kürzer als vor den staatlichen Gerichten. In den Fällen, in denen sich ein Gerichtsverfahren anschließt, kann wenigstens das Gutachten genutzt werden, so dass die Zeit zur Erstellung eines vorprozessualen Gutachtens zur Beurteilung der Erfolgsaussichten gespart werden kann. Die Verzögerung ist also auch in diesem Fall nicht zu groß. Die Nachteile, die das Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen durch die nur begrenzte Hemmung der Verjährung mit sich bringt, können durch Ausweitung des Verfahrens auf alle beteiligten Ärzte als mögliche Haftungsschuldner gemindert werden. Deutlich für die Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen spricht auch, dass sie im Regelfall zu einer Entlastung aller Beteiligten und der Gerichte und vor allem zu einer interessengerechten und endgültigen Streitbeilegung führen. Das Vermeiden gerichtlicher Auseinandersetzungen und das Finden freiwilliger außergerichtlicher Lösungen dürften zudem dazu beigetragen haben, dass sich das Verhältnis zwischen Ärzten und Patienten wieder etwas entspannt. Die Arbeit der Gutachter- und Schlichtungsstellen ist somit zu begrüßen. Dieses Ergebnis wird auch durch die Tatsache bestätigt, dass die Vermittlungsstellen mittlerweile schon fast dreißig Jahre beinahe unverändert bestehen und an der Streitbeilegung zwischen Ärzten und Patienten in vielen Fällen erfolgreich mitwirken.

IV) Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht

Die dargestellte gesetzliche Lage und der rapide Anstieg der Behandlungsfehlerstreitigkeiten, die nicht in allen Fällen außergerichtlich beigelegt werden konnten, bildeten die wesentlichen Grundlagen für die Fortentwicklung der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht.

1) Klagevorbringen

Dabei veränderte sich nicht nur die höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern auch die bei Erheben einer Klage gegebene Begründung. Die Aufklärungspflichtverletzung als eigener Haftungstatbestand gewann sowohl bei der Anmeldung von Ansprüchen bei den Haftpflichtversicherungen¹⁹⁴⁰ als auch bei der gerichtlichen Geltendmachung der Schadensersatzforderungen immer mehr an Bedeutung. Dem Arzt wurde nämlich zwar zunächst ein Behandlungsfehler im herkömmlichen Sinn vorgeworfen. Der Kläger schob aber dann, wenn er mit diesem Vorwurf nicht durchdringen konnte, immer häufiger die Verletzung der Aufklärungspflicht als Klagegrund nach¹⁹⁴¹ und später wurde sogar die Aufklärungspflichtverletzung allein immer häufiger als Klagegrund herangezogen. Hintergrund hierfür war die Beweislastvertei-

¹⁹⁴⁰ Schewe, ArztR 1979, S.64, 64.

¹⁹⁴¹ Schewe, ArztR 1979, S.64, 65.

lung, nach der der Arzt für das Vorliegen der Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung beweisbelastet war, während der Patient das Vorliegen eines Behandlungsfehlers hätte nachweisen müssen¹⁹⁴². Dazu kam zu Gunsten der klagenden Patienten, dass die Rechtsprechung seit den fünfziger Jahren die Aufklärungspflicht immer mehr betont und verschärft hatte, so dass die Anforderungen an die Aufklärungspflicht seitens der Ärzteschaft immer schwieriger zu erfüllen waren. Vor diesem Hintergrund bildete gegen Ende der siebziger und zu Anfang der achtziger Jahre zwar noch in etwa zwei Dritteln der Fälle eine ärztliche Pflichtverletzung im herkömmlichen Sinn, nur in vereinzelten Fällen allein der Vorwurf einer Verletzung der Aufklärungspflicht und in rund einem Drittel eine Verbindung beider Vorwürfe den Klagegrund¹⁹⁴³. Gegen Ende der achtziger Jahre aber wurden schon mehr Klagen wegen Aufklärungspflichtverletzungen erhoben als wegen eines Behandlungsfehlers. Eine solche Pflichtverletzung wurde in fast zwei Dritteln aller Fälle geltend gemacht¹⁹⁴⁴.

Aber nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im Strafrecht spielten die Aufklärungsfehler eine zunehmend wichtigere Rolle. Es traten auch hier immer wieder Fälle auf, in denen ein Behandlungsfehler nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden konnte und die Staatsanwaltschaft oder der Anzeigenerstanter deshalb eine fehlende oder ungenügende Aufklärung zum Anlass für die Einleitung des Verfahrens nahmen¹⁹⁴⁵.

Bis zum Beginn der neunziger Jahre hielt dieser Trend, die Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand gerichtlich geltend zu machen, zunächst noch an¹⁹⁴⁶. Bis nach der Jahrtausendwende aber hatte sich das Gewicht allmählich wieder etwas verschoben, so dass die Haftung für Behandlungsfehler wieder der hauptsächliche Klagegrund wurde¹⁹⁴⁷.

2) Gebiete der Rechtsfortbildung und Schwerpunkte der Rechtsprechung

Während in den Entscheidungen der fünfziger und sechziger Jahre vor allem die Aufklärungspflichtverletzung im Vordergrund gestanden hatte, nutzte die höchstgerichtliche Rechtsprechung seit den siebziger Jahren die extrem steigende Zahl an Verfahren, um auch zu allen anderen Fragestellungen in Zusammenhang mit den Arzthaftungsansprüchen und deren prozessualer Durchsetzung richterrechtliche Grundsätze aufzustellen, das Arzthaftungsrecht weiter zu entwickeln und an die sich wandelnden Gegebenheiten anzupassen.

Im Vordergrund der Rechtsprechung standen, wie bereits angedeutet, zunächst trotzdem weiterhin vor allem Fragen in Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärungspflicht¹⁹⁴⁸. Die zunehmende Geltendmachung der Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand hatte zur Folge, dass die Rechtsprechung in diesem Bereich in den siebziger und achtziger Jahren nahezu uferlos wurde¹⁹⁴⁹. Aus dieser auch später noch ständig anwachsenden Zahl an Entscheidungen ließen sich dennoch klare Tendenzen und Entwicklungslinien erkennen¹⁹⁵⁰. Der BGH fuhr fort, wie be-

¹⁹⁴² Schewe, ArztR 1979, S.64, 65.

¹⁹⁴³ Giesen, JZ 1982, S.345, 347; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.10; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A43.

¹⁹⁴⁴ Ehlers, Aufklärung, S.5.

¹⁹⁴⁵ Ulsenheimer, MedR 1987, S.207, 212.

¹⁹⁴⁶ Radau, Arzthaftung, S.100.

¹⁹⁴⁷ Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1706.

¹⁹⁴⁸ Ehlers, Aufklärung, S.6; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.47; Giesen JZ 1982, S.391, 391; Laufs, NJW 1980, S.1315, 1317; Laufs, NJW 1987, S.1449, 1454; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506; Laufs, NJW 1990, S.1505, 1508.

¹⁹⁴⁹ Bodenburg, NJW 1981, S.601, 601; Dunz, Arzthaftungsrecht, S.41; Ehlers, Aufklärung, S.6; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1506.

¹⁹⁵⁰ Giesen, JZ 1982, S.391, 400; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.80.

reits in den Jahrzehnten zuvor, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht weiter zu differenzieren¹⁹⁵¹. Dabei wurde die Rechtsprechung des BGH zunächst immer strenger¹⁹⁵², was wiederum den Trend zur Aufklärungspflichtverletzung als Klagevorbringen weiter verstärkte. Seit Ende der achtziger Jahre versuchte die Rechtsprechung jedoch, in den Bereichen des Umfangs der Aufklärungspflicht, der Art und Weise der Aufklärung und der ursächlichen Schadenszurechnung der wachsenden Bedeutung der Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand entgegenzuwirken¹⁹⁵³. Damit verlor die Aufklärungspflicht bis zum Ende der neunziger Jahre wieder etwas an Bedeutung¹⁹⁵⁴, auch wenn sie immer noch einer der häufigsten Gegenstände von Entscheidungen blieb¹⁹⁵⁵, so dass die Haftung für Behandlungsfehler wieder in den Vordergrund treten konnte¹⁹⁵⁶. In Bezug auf die Aufklärungspflicht wurde seitdem im Wesentlichen nur die alte Rechtsprechung fortgesetzt¹⁹⁵⁷, wobei vor allem die Aufklärung bei Behandlungsalternativen von Bedeutung war¹⁹⁵⁸.

Neben der Aufklärungspflichtverletzung gewannen aber auch andere Themen zunehmend an Beachtung. Der zweite große Schwerpunktbereich, in dem sich die Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht seit den siebziger Jahren stark weiter entwickelte, war nämlich das Beweisrecht¹⁹⁵⁹. Insgesamt versuchte der BGH vor allem durch die Ausdehnung und Präzisierung der Fallgruppen der Beweiserleichterungen oder der Umkehr der Beweislast¹⁹⁶⁰, die Beweissituation der Patienten zu verbessern¹⁹⁶¹. In Zusammenhang mit der Beweislastverteilung beschäftigte sich der BGH beispielsweise in mehreren Entscheidungen mit der beweisrechtlichen Bedeutung der Dokumentationspflicht des Arztes und des Krankenhauses¹⁹⁶², und auch die Unterscheidung zwischen einfachem und grobem Behandlungsfehler war Gegenstand unzähliger Urteile¹⁹⁶³. In Bezug auf allgemeine Fragen des Beweisrechts bot besonders in den siebziger Jahren die Rolle der medizinischen Sachverständigen im Arzthaftungsprozess für den BGH Anlass zu Aufsehen erregenden Entscheidungen.

¹⁹⁵¹ Giesen, MedR 1997, S.17, 17; Laufs, NJW 1978, S.1177, 1181; Laufs, NJW 1999, S.1758, 1765.

¹⁹⁵² Brüggemann, NJW 1977, S.1473, 1475; Laufs, NJW 1994, S.1562, 1566; Laufs, NJW 1996, S.1571, 1578; Ulsenheimer, MedR 1992, S.129, 133.

¹⁹⁵³ Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage, S.199.

¹⁹⁵⁴ Laufs, NJW 2000, S.1757, 1760; Rehborn, MDR 2004, S.371, 373; Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1707.

¹⁹⁵⁵ Laufs, NJW 1991, S.1516, 1524; Laufs, NJW 1993, S.1497, 1501, 1502; Laufs, NJW 1994, S.1562, 1566; Rehborn, MDR 2000, S.1101, 1106; Rehborn, MDR 2004, S.371, 373; Spickhoff, NJW 2001, S.1757, 1760; Spickhoff, NJW 2004, S.1710, 1716; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1698; Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1634.

¹⁹⁵⁶ Spickhoff, NJW 2001, S.1757, 1762; Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1707.

¹⁹⁵⁷ Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1762; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1701.

¹⁹⁵⁸ Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1699; Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1635.

¹⁹⁵⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S.216; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.14; Giesen, JZ 1982, S.448, 453; Laufs, NJW 1986, S.1515, 1518; Laufs, NJW 1999, S.1758, 1767; Laufs, NJW 2000, S.1757, 1762; Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1765; Spickhoff, NJW 2004, S.1710, 1718; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1700.

¹⁹⁶⁰ Giesen, JZ 1982, S.448, 458; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.95.

¹⁹⁶¹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.417; Giesen, Jura 1981, S.10, 21; Giesen, JZ 1982, S.448, 458; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.130; Laufs, NJW 1999, S.1758, 1767; Laufs, NJW 2000, S.1757, 1762.

¹⁹⁶² Giesen, JZ 1982, S.448, 454; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.109; Laufs, NJW 1982, S.1319, 1323; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1505.

¹⁹⁶³ Laufs, NJW 1985, S.1361, 1365; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1505; Laufs, NJW 1989, S.1521, 1527; Laufs, NJW 1992, S.1529, 1534, 1535; Laufs, NJW 1993, S.1497, 1504; Laufs, NJW 1994, S.1562, 1564; Laufs, NJW 1995, S.1590, 1597; Laufs, NJW 1999, S.1758, 1767; Rehborn, MDR 2002, S.1281, 1284; Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1764; Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1708; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1701.

gen¹⁹⁶⁴. Im Bereich der eigenmächtigen Heilbehandlung, also bei Fehlern im Bereich der Aufklärungspflicht, blieb der BGH im Beweisrecht eher zurückhaltend¹⁹⁶⁵.

Dritter Schwerpunkt der Rechtsprechung waren die ärztliche Pflichtverletzung und die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht¹⁹⁶⁶. Hierzu ergingen unzählige Einzelentscheidungen zu den verschiedensten Fallkonstellationen¹⁹⁶⁷. Der BGH hat auf diesem Gebiet seine Grundlinien verdeutlicht und weiterentwickelt¹⁹⁶⁸. Daneben hat er zu den verschiedensten Einzelfragen Stellung genommen und damit vor allem auf neue tatsächliche Veränderungen bei der Erbringung medizinischer Leistungen reagiert, wie etwa die zunehmende Arbeitsteilung und Spezialisierung. Seit den achtziger Jahren bildeten beispielsweise immer häufiger die Haftungsverhältnisse in Gemeinschaftspraxen mehrerer Ärzte Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen¹⁹⁶⁹. Auch die deliktsrechtliche Haftung für Dritte bot häufig Anlass zu Urteilen. Die Rechtsprechung betrieb hier, ähnlich wie im Beweisrecht, Rechtsfortbildung zugunsten der Patienten. Die Anforderungen an den Entlastungsbeweis im Rahmen des § 831 BGB wurden verschärft, der Anwendungsbereich der Vorschriften über die Organhaftung nach § 31 BGB wurde erweitert, und auch die Grundsätze über Organisations-, Personal- und Übernahmeverschulden wurden fortentwickelt¹⁹⁷⁰. Anfang der neunziger Jahre ergingen zahlreiche Urteile vor allem zu Injektionszwischenfällen, der Delegation von Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen auf das Krankenpflegepersonal¹⁹⁷¹. Der BGH hat seit Mitte der neunziger Jahre im Rahmen der Behandlungsfehler zudem vor allem Entscheidungen zum Organisationsverschulden und zur Haftung für Fehler von Ärzten in der Weiterbildung erlassen¹⁹⁷². Auch die Verkehrssicherungspflichten des Arztes und des Krankenhausträgers waren von zunehmender Bedeutung¹⁹⁷³, insbesondere die Haftung für solche Fehler, die dazu führten, dass der Patient nicht ausreichend gegen sich selber oder vor Schädigungen beim Aufenthalt im Krankenhaus geschützt wurde¹⁹⁷⁴. Zunehmendes Gewicht erlangte auch die Beratungspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten¹⁹⁷⁵. Auch bezüglich der Haftung für nicht erwünschte Kinder ergingen nach den ersten Entscheidungen in den siebziger und achtziger Jahren zahlreiche weitere, die bisherigen Grundsätze weiter führende Urteile¹⁹⁷⁶. Seine Rechtsprechung auf den Gebieten der Verjährung, des Sachverständigenbeweises und der Haftung der Krankenhausträger hat der BGH in den neunziger Jahren gefestigt¹⁹⁷⁷. Ein Schwerpunkt der Rechtsprechung seit den neunziger Jahren lag auch auf der Frage nach der Passivlegitimation¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁶⁴ Giesen, JZ 1982, S.448, 455; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.119.

¹⁹⁶⁵ Giesen, Arzt Haftungsrecht, 4. Auflage, S.402; Giesen, JZ 1982, S.448, 456; Giesen, Wandlungen des Arzt Haftungsrechts, S.124.

¹⁹⁶⁶ Laufs, NJW 1982, S.1319, 1320; Laufs, NJW 1983, S.1345, 1347; Laufs, NJW 1984, S.1383, 1385; Laufs, NJW 1986, S.1515, 1518; Laufs, NJW 1987, S.1449, 1452; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1504; Laufs, NJW 1990, S.1505, 1507.

¹⁹⁶⁷ Laufs, NJW 1982, S.1319, 1320; Laufs, NJW 1983, S.1345, 1347; Laufs, NJW 1984, S.1383, 1385; Laufs, NJW 1987, S.1449, 1452; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1504; Laufs, NJW 1990, S.1505, 1507.

¹⁹⁶⁸ Laufs, NJW 1989, S.1521, 1526.

¹⁹⁶⁹ Giesen, Arzt Haftungsrecht, 4. Auflage, S.8.

¹⁹⁷⁰ Giesen, JZ 1982, S.345, 346.

¹⁹⁷¹ Laufs, NJW 1991, S.1516, 1523.

¹⁹⁷² Giesen, MedR 1997, S.17, 21; Laufs, NJW 1997, 1609, 1612; Spickhoff, NJW 2001, S.1757, 1762; Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1634.

¹⁹⁷³ Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1634.

¹⁹⁷⁴ Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1706.

¹⁹⁷⁵ Laufs, NJW 1996, S.1571, 1577.

¹⁹⁷⁶ Giesen, MedR 1997, S.17, 22; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1699.

¹⁹⁷⁷ Giesen, MedR 1997, S.17, 25.

¹⁹⁷⁸ Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1148.

Insgesamt ergingen schon bis zum Ende der neunziger Jahre so viele Entscheidungen, dass deren Vielzahl nicht mehr überschaubar war¹⁹⁷⁹ und bis heute bildet die Arzthaftung den Schwerpunkt der höchstrichterlichen Urteile zu arztrechtlichen Fragestellungen¹⁹⁸⁰. Dabei ging die Entwicklung immer mehr dahin, mehr auf den Einzelfall zugeschnittene als grundlegende Entscheidungen zu treffen, und die Zahl der Entscheidungen wurde so groß, dass einzelne Autoren vom deutschen Arzthaftungsrecht als „Case Law“ zu sprechen begonnen haben¹⁹⁸¹.

3) Einzelentscheidungen von besonderer Bedeutung

Um die Rechtsfortbildung im Groben nachvollziehbar zu machen, sollen nun im Folgenden einzelne Entscheidungen aus der Fülle der Einzelentscheidungen herausgegriffen werden, die besondere Bedeutung für die Rechtsfortbildung im Arzthaftungsrecht hatten, die sich besonders stark auf den ärztlichen Alltag ausgewirkt oder die besonderes Interesse in der Öffentlichkeit geweckt haben.

a) Entscheidungen mit besonderer Bedeutung für die Pflichten und die Berufsausübung der Ärzte

aa) Haftungsverteilung bei mehreren möglichen Haftungsschuldnern

(1) Organhaftung

Ein Bereich, in dem die Rechtsprechung vor allem in den siebziger und achtziger Jahren neue Grundsätze entwickelt und sich deutlich gewandelt hat, ist die Haftung von Körperschaften als Krankenhausträger für das Handeln von Chefarzten.

Der BGH hat hier die Anwendbarkeit des § 31 BGB und damit auch die Haftung weiter ausgedehnt. Er ging dabei in seiner Entscheidung vom 21. September 1971¹⁹⁸² zunächst dazu über, die Organhaftung nach § 31 BGB auch auf körperschaftliche Krankenhausträger für einen umfassend befugten, alleinigen Chefarzt anzuwenden, unabhängig vom Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht desselben¹⁹⁸³. Der Krankenhausträger sollte danach für das Handeln seines Chefarztes nach § 31 BGB haften und der Entlastungsbeweis nach § 831 Absatz 1 Satz 2 BGB war ihm abgeschnitten, weil es dem BGH als nicht tragbar erschien, dass bei einer organisatorisch abhängigen, fachlich aber ganz unabhängigen Stellung dieser Ärzte ein Haftungsfreiraum entstehen konnte¹⁹⁸⁴. In seiner Entscheidung vom 22. April 1980¹⁹⁸⁵ bejahte der BGH dann in Fortführung dieser Rechtsprechung und unter Aufgabe früherer Erkenntnisse außerdem die Haftung des Krankenhausträgers auch für einen medizinisch weisungsfreien Chefarzt eines Teilkrankenhauses¹⁹⁸⁶. Der Chefarzt der organisatorisch nicht selbständigen Klinik wurde kraft Fiktion ebenfalls als verfassungsmäßig berufener Vertreter des körperschaftlich organisierten Krankenhausträgers behandelt¹⁹⁸⁷. Diese Grundsätze übertrug der BGH¹⁹⁸⁸ am 30. Juni 1987 in einem nächsten Schritt dann sogar auch auf einen zweiten Oberarzt, der als Vertreter des Chefarztes dessen Funktionen ausgeübt hatte¹⁹⁸⁹. Diese Rechtsprechung bezog sich zwar stets nur auf körperschaftlich or-

¹⁹⁷⁹ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 2. Auflage, S.860.

¹⁹⁸⁰ Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1633.

¹⁹⁸¹ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.18; Rehborn, MDR 1999, S.1169, 1169.

¹⁹⁸² BGH NJW 1972, S.334 f.

¹⁹⁸³ BGH NJW 1972, S.334, 334; vgl. Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.967.

¹⁹⁸⁴ BGH NJW 1972, S.334, 334; vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.327.

¹⁹⁸⁵ BGH NJW 1980, S.1901 ff.

¹⁹⁸⁶ BGH NJW 1980, S.1091, 1901; vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.327.

¹⁹⁸⁷ BGH NJW 1980, S.1091, 1902; vgl. Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.967.

¹⁹⁸⁸ BGH NJW 1987, S.2925.

¹⁹⁸⁹ BGH NJW 1987, S.2925, 2925; vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.328; Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.968.

ganisierte Krankenhausträger¹⁹⁹⁰, führte aber zu einer erheblichen Ausdehnung der Haftung derselben, weil sie sich infolge der Zurechnung des Verschuldens nach § 31 BGB nicht mehr auf die im Regelfall mögliche Exkulpation im Rahmen des § 831 Absatz 1 Satz 2 BGB zurückziehen konnten.

(2) Anfängeroperation

Eine ganz neue Rechtsprechung erging seit den achtziger Jahren auch zu den Fragen, die mit der Vornahme eines medizinischen Eingriffs durch einen Anfänger verbunden waren. Der BGH wich insofern deutlich von der alten Vorstellung ab, der ausbildende Arzt könne sich im Zweifel durch den Hinweis auf die erlangte Approbation für Fehler seines ärztlichen Verrichtungsgehilfen entlasten¹⁹⁹¹. Bei einer sogenannten Anfängeroperation sollte nach den neuen Grundsätzen des BGH seit seiner Entscheidung vom 27. September 1983¹⁹⁹² nämlich der ausbildende Oberarzt für einen Behandlungsfehler des noch nicht hinreichend qualifizierten Assistenzarztes haften, wenn er diesem eine selbständig durchzuführende Operation übertragen hatte, ohne vorher hinreichend das dabei für den Patienten entstehende Risiko überprüft zu haben, und deshalb der Standard eines erfahrenen Chirurgen nicht gewährleistet war¹⁹⁹³. Diese Grundsätze übertrug der BGH von der Anfängeroperation auch auf die Anfängernarkose¹⁹⁹⁴ und baute sie später in zahlreichen Urteilen weiter aus¹⁹⁹⁵. Auch hierdurch wurde zu Gunsten der Patienten die Haftung der Ärzte erheblich ausgedehnt.

(3) Horizontale Arbeitsteilung

Am 25. März 1986 traf der BGH¹⁹⁹⁶ eine grundlegende Entscheidung zu einem weiteren praktisch sehr relevanten Fragenbereich, der Haftung der Partner einer Gemeinschaftspraxis, wenn diese nicht nur räumlich, sondern auch fachlich zusammenarbeiteten und nach außen als Einheit auftraten¹⁹⁹⁷. Nach dem BGH sollte bei einer solchen Gestaltung die vertragliche Haftung für den Behandlungsfehler eines der Partner alle Ärzte treffen, die deliktische Haftung nur den jeweils handelnden Arzt selbst¹⁹⁹⁸. Diese Rechtsprechung hat sich in jüngster Zeit infolge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den BGH vor allem in Hinblick auf die deliktische Haftung geändert. Es haften jetzt alle Ärzte nicht nur vertraglich sondern auch deliktisch für einen von einem von ihnen begangenen Fehler¹⁹⁹⁹. Auch auf die Ärzte einer Gemeinschaftspraxis soll nach neuester Rechtsprechung des OLG Koblenz²⁰⁰⁰ § 31 BGB nämlich entsprechend anwendbar sein, so dass alle an der Gemeinschaftspraxis beteiligten Ärzte persönlich als Gesamtschuldner haften, unabhängig davon, ob sie selbst ein Verschulden trifft oder nicht²⁰⁰¹.

Zu einer weiteren Fallkonstellation der im medizinischen Alltag immer wichtiger werdenden horizontalen Arbeitsteilung, also der Zusammenarbeit mehrerer Ärzte bei einer Behandlung, traf der BGH am 26. Januar 1999 eine grundlegende Entschei-

¹⁹⁹⁰ BGH NJW 1972, S.334, 334; BGH NJW 1980, S.1091, 1902; vgl. Dunz, Arzthaftungsrecht, S.10.

¹⁹⁹¹ Dunz, Arzthaftungsrecht, S.27.

¹⁹⁹² BGH NJW 1984, S.655 ff.

¹⁹⁹³ BGH NJW 1984, S.655, 656; vgl. Laufs, NJW 1984, S.1383, 1386.

¹⁹⁹⁴ Laufs, NJW 1988, S.1499, 1504.

¹⁹⁹⁵ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.40, 41; Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.952.

¹⁹⁹⁶ BGH NJW 1986, S.2364 f.

¹⁹⁹⁷ BGH NJW 1986, S.2364, 2364.

¹⁹⁹⁸ BGH NJW 1986, S.2364, 2365; vgl. Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.29, 31.

¹⁹⁹⁹ Spickhoff, NJW 2002, S.1758, 1761; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1698.

²⁰⁰⁰ OLG Koblenz MedR 2005, S.294 ff.

²⁰⁰¹ OLG Koblenz MedR 2005, S.294, 294; vgl. Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1632.

dung²⁰⁰². Es wurde hier die Pflicht der Ärzte festgelegt, beim Zusammenwirken im Rahmen einer Operation die einzelnen Maßnahmen derartig aufeinander abzustimmen, dass die spezifischen Gefahren der Arbeitsteilung vermieden werden könnten²⁰⁰³. Andernfalls sollte eine Haftung der Ärzte auch dann drohen können, wenn zwar die einzelnen Maßnahmen für sich jeweils ordnungsgemäß durchgeführt worden waren, sich jedoch aus der Kombination der einzelnen Behandlungen eine Gefahr ergeben hatte, die nicht durch entsprechende Koordination oder Absprache vermieden worden war und sich deshalb im eingetretenen Schaden realisierte²⁰⁰⁴. Grundlage dieser Verpflichtung sei das ärztliche Berufsrecht²⁰⁰⁵.

Diese Rechtsprechung des BGH verschärfte die Haftungslage für die Ärzte bei der praktisch immer bedeutenderen Arbeitsteilung in einer Gemeinschaftspraxis oder bei sonstigen Formen des ärztlichen Zusammenwirkens.

bb) Aufklärung und Einwilligung

Auch wenn sie jetzt nicht mehr wie in den fünfziger und sechziger Jahren den alleinigen Schwerpunkt der Rechtsprechung bildeten, so blieben Einwilligung und Aufklärung nach wie vor noch Gegenstand zahlreicher grundlegender Entscheidungen.

(1) Rechtsnatur der Einwilligungserklärung

Vor allem in dogmatischer Hinsicht von Bedeutung ist eine Entscheidung des BGH vom 18. März 1980²⁰⁰⁶. Der BGH, der bisher die Einwilligung des Patienten nicht als rechtsgeschäftliche Erklärung angesehen hatte, betonte in Bezug auf die Auslegung einer derartigen Erklärung die Ähnlichkeit zwischen Einwilligungserklärung und rechtsgeschäftlicher Willenserklärung²⁰⁰⁷ und zog deshalb die Auslegungsgrundsätze für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen für die Deutung der Einverständniserklärung des Patienten entsprechend heran²⁰⁰⁸.

(2) Person des Aufklärungspflichtigen

Zu einer erheblichen Ausweitung der Aufklärungspflicht und damit der Haftung im Falle eines Aufklärungsfehlers führte eine aufsehen erregende Entscheidung des BGH vom 22. April 1980²⁰⁰⁹, nach der auch der Arzt für die ordnungsgemäße Aufklärung haften sollte, der den Eingriff zwar nicht selbst vorgenommen, aber dazu geraten hatte²⁰¹⁰. Der entsprechende Leitsatz lautete: „Auch ein Arzt, der nur die Aufklärung des Patienten über die ihm angeratene Operation übernommen hat, kann diesem zum Ersatz des durch die Operation entstandenen Körperschadens verpflichtet sein, wenn die Aufklärung unvollständig, daher die Einwilligung des Patienten unwirksam war“²⁰¹¹. Der BGH begründete seine Entscheidung damit, dass im Deliktsrecht nicht nur der unmittelbare Verursacher der Schädigung hafte, sondern auch der, der den schädlichen Erfolg mittelbar verursacht habe²⁰¹². Durch das Anraten zur Operation und die Beratung über Art, Umfang und Risiken des Eingriffs übernehme der erste Arzt einen Teil der Behandlung genauso wie der den Eingriff letztlich ausführende Arzt²⁰¹³.

²⁰⁰² BGHZ 140, 309 ff.

²⁰⁰³ BGHZ 140, S.309, 309.

²⁰⁰⁴ BGHZ 140, S.309, 314, 315; vgl. Katzenmeier, MedR 2004, S.34, 35.

²⁰⁰⁵ Katzenmeier, MedR 2004, S.34, 35.

²⁰⁰⁶ BGH NJW 1980, S.1903 f.

²⁰⁰⁷ BGH NJW 1980, S.1903, 1904; vgl. Dunz, Arzthaftungsrecht, S.33.

²⁰⁰⁸ BGH NJW 1980, S.1903, 1904.

²⁰⁰⁹ BGH NJW 1980, S.1905 ff.

²⁰¹⁰ BGH NJW 1980, S.1905, 1905; vgl. Giesen, JZ 1982, S.345, 351.

²⁰¹¹ BGH NJW 1980, S.1905, 1905; vgl. Schünemann, NJW 1980, S.2753, 2753.

²⁰¹² BGH NJW 1980, S.1905, 1906; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.28.

²⁰¹³ BGH NJW 1980, S.1905, 1906; vgl. Laufs, NJW 1981, S.1289, 1291.

Da nach der bisherigen Rechtsprechung die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Aufklärung allein bei dem den Eingriff vornehmenden Arzt gelegen hatte, wurde durch diese Entscheidung die Aufklärungspflicht nicht nur in erheblichem Maße ausgedehnt, sondern noch stärker als vorher auch von der Körperverletzung als Anknüpfungspunkt für die Arzthaftung losgelöst²⁰¹⁴.

(3) Zeitpunkt der Aufklärung

In den neunziger Jahren ergingen einige Entscheidungen des BGH zum Zeitpunkt der Aufklärung, die die bisherige Rechtslage ebenfalls erheblich verschärften.

Noch in den achtziger Jahren hatte es der BGH²⁰¹⁵ als ausreichend angesehen, den Patienten am Tag vor einem geplanten Eingriff aufzuklären, da dann dem Patienten regelmäßig noch genug Zeit bliebe, ohne psychischen Druck über seine Entscheidung nachzudenken²⁰¹⁶.

Von diesen Grundsätzen wich der BGH seit seiner Grundsatzentscheidung vom 7. April 1992²⁰¹⁷ und 14. Juni 1994²⁰¹⁸ ab. Er betonte, die Aufklärung müsse zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem der Patient noch vollkommen erkenntnis- und entscheidungsfähig sei, und der ihm ein sorgfältiges Abwägen aller Argumente für und gegen den Eingriff ermögliche²⁰¹⁹. Deshalb könne der Arzt schon bei der Vereinbarung des Operationstermins zur Aufklärung verpflichtet sein, wenn die Operation nicht mehr vom Ergebnis weiterer Untersuchungen abhängen²⁰²⁰. Die Aufklärung am Tag vor dem Eingriff sollte nur noch bei „einfachen Eingriffen“ und bei Operationen mit „geringen“ oder „weniger einschneidenden“ Risiken „als im allgemeinen“ ausreichend sein²⁰²¹. Am Vorabend der Maßnahme komme nur noch die Aufklärung über Narkoserisiken in Betracht, nicht jedoch eine erstmalige Information über schwerwiegende Risiken²⁰²². Stets unzulässig sei die Aufklärung dann, wenn der Patient bereits auf dem Operationstisch liege oder bereits medikamentös auf den Eingriff vorbereitet werde²⁰²³. Eine zu spät erfolgte Aufklärung sollte aber die darauf beruhende Einwilligung des Patienten nicht zwangsläufig unwirksam machen, sondern es sollte darauf abgestellt werden, ob dem Patienten noch ausreichend Gelegenheit geblieben sei, sich innerlich frei zu entscheiden²⁰²⁴.

Die Forderung nach einem so frühen Zeitpunkt der Aufklärung begründete der BGH damit, dass anderenfalls manche Patienten nach der stationären Aufnahme psychische Barrieren aufbauen könnten, die einen Widerruf der Operationseinwilligung zumindest erschweren²⁰²⁵. Die Gegenargumente der Literatur, durch eine so frühzeitige Aufklärung werde der Patient unter Umständen für längere Zeit erheblich psychisch belastet, oder die frühe Aufklärung sei wirklichkeitsfremd und schränke die Entscheidungsbefugnis des Arztes unbillig ein, ließ der BGH nicht gelten.

²⁰¹⁴ Schünemann, NJW 1980, S.2753, 2753.

²⁰¹⁵ BGH MedR 1985, S.168 ff.

²⁰¹⁶ BGH MedR 1985, S.168, 169; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 306.

²⁰¹⁷ BGH MedR 1992, S.277 ff.

²⁰¹⁸ BGH NJW 1994, S.3009 ff.

²⁰¹⁹ BGH MedR 1992, S.277, 278; BGH NJW 1994, S.3009, 3010.

²⁰²⁰ BGH MedR 1992, S.277, 278; BGH NJW 1994, S.3009, 3011; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 306, 307.

²⁰²¹ BGH MedR 1992, S.277, 279; BGH NJW 1994, S.3009, 3011; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 307.

²⁰²² BGH MedR 1992, S.277, 279.

²⁰²³ BGH MedR 1992, S.277, 278; BGH NJW 1994, S.3009, 3011; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 307.

²⁰²⁴ BGH MedR 1992, S.277, 279; BGH NJW 1994, S.3009, 3011; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 307.

²⁰²⁵ BGH MedR 1992, S.277, 278; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 307.

Die Grundsatzentscheidung vom 14. Juni 1994²⁰²⁶ legte über die teilweise bereits 1992 aufgestellten Grundsätze hinaus außerdem für ambulante Eingriffe fest, dass in einem solchen Fall die Aufklärung auch noch am Tag des Eingriffs selbst erfolgen dürfe, wenn die Aufklärung zeitlich vom Eingriff selbst deutlich getrennt sei und dem Patienten bewusst werde, dass er eine eigenständige Entscheidung über den bevorstehenden Eingriff treffen könne und nicht unabänderlich in einen bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf eingebunden sei²⁰²⁷. Der Patient sollte also auf jeden Fall Gelegenheit zu einem ruhigen Abwägen aller Argumente haben²⁰²⁸.

In Bezug auf die Beweislast bei einer zu spät erfolgten Aufklärung verfolgte der BGH in seiner Entscheidung vom 7. April 1992²⁰²⁹ zunächst den Ansatz, der Patient müsse plausibel darlegen, warum er sich aufgrund der verspäteten Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden habe²⁰³⁰. In der Entscheidung vom 14. Juni 1994²⁰³¹ wurde diese Rechtsprechung modifiziert, indem zwar immer noch nach einem Entscheidungskonflikt des Patienten infolge der verspäteten Aufklärung gefragt wurde, der BGH aber annahm, dass es die Lebenserfahrung nahe lege, dass bei einer verspäteten Aufklärung der psychische und organisatorische Druck die Entscheidungsfreiheit des Patienten eingeschränkt hätten. Deshalb müsse der Patient nicht eingehend einen Entscheidungskonflikt vortragen. Der Entscheidungskonflikt sei bei der Behauptung einer verspäteten Aufklärung zu vermuten, und der Arzt müsse neben der Vollständigkeit auch die Rechtzeitigkeit der Aufklärung nachweisen²⁰³².

Damit waren nicht nur die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung zu Lasten der Ärzte erheblich heraufgesetzt worden, sondern auch die prozessuale Durchsetzung eines auf eine verspätete Aufklärung gestützten Anspruchs wurde den Patienten stark erleichtert.

Diese Rechtsprechung stieß in der Literatur auf heftige Kritik. So sei zum ersten die Abgrenzung zwischen einfachen Operationen mit weniger einschneidenden Risiken und größeren Operationen mit beträchtlichen Risiken mangels verbindlicher Begriffsbestimmungen des BGH praktisch gar nicht oder nur sehr schwer möglich²⁰³³. Auch die Kriterien für die Abgrenzung zwischen „Vortag“ und „Vorabend“ seien fraglich²⁰³⁴. Erschwerend komme hinzu, dass die Beurteilung der Schwere der Schäden ja auch zum Teil von der subjektiven Sicht des Patienten und den Umständen des jeweiligen Falles abhängen²⁰³⁵. Auch seien die Auswirkungen der Rechtsprechung schwer absehbar, da sich der BGH mit der Formulierung „im allgemeinen“ die Annahme von abweichenden Ausnahmefällen offengelassen habe²⁰³⁶. Des weiteren sei in Bezug auf die Aufklärung bei ambulanten Operationen nicht deutlich genug konkretisiert, wann von einem ausreichenden zeitlichen Abstand zwischen Aufklärung und Eingriff ausgegangen werden könne²⁰³⁷. Problematisch sei außerdem, dass bei einem langen Zeitraum zwischen Aufklärung und Eingriff die Gefahr bestehe, dass der Patient im Laufe der Zeit zunehmend Angst entwickle oder verunsi-

²⁰²⁶ BGH NJW 1994, S.3009 ff.

²⁰²⁷ BGH NJW 1994, S.3009, 3011; vgl. Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

²⁰²⁸ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

²⁰²⁹ BGH MedR 1992, S.277 ff.

²⁰³⁰ BGH MedR 1992, S.277, 279; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.141; Hoppe, NJW 1998, S.782, 784.

²⁰³¹ BGH NJW 1994, S.3009 ff.

²⁰³² BGH NJW 1994, S.3009, 3011; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.141, 142; Hoppe, NJW 1998, S.782, 784.

²⁰³³ Hoppe, NJW 1998, S.782, 786; Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

²⁰³⁴ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.140; Hoppe, NJW 1998, S.782, 786.

²⁰³⁵ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

²⁰³⁶ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

²⁰³⁷ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

chert werde²⁰³⁸. Auch sei zu bedenken, dass durch diese Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet werde, durch das Behaupten einer zu späten Aufklärung die Erfolgsaussichten einer Arzthaftungsklage zu erhöhen²⁰³⁹.

Allerdings wurden andererseits auch die positiven Aspekte dieser Rechtsprechung erkannt. So könne auf diese Weise der Zweck der Aufklärung, dem Patienten die nötigen Informationen für eine bewusste Entscheidung zukommen zu lassen, besonders gut erreicht werden²⁰⁴⁰. Mit der frühzeitigen Aufklärung werde der Patient außerdem in die Lage versetzt, seine Zeit- und Lebensplanung auf den Eingriff auszurichten²⁰⁴¹. Für eine frühe Aufklärung spreche auch, dass der Patient bei einer Aufklärung erst am Vortag eigentlich mit der Einwilligung in den Termin bereits die Einwilligung zum Eingriff erteile habe und die Aufklärung dann nur dazu dienen könne, diese Entscheidung zu überprüfen, nicht aber, sie vorzubereiten²⁰⁴². Auch hätten psychologische Studien ergeben, dass Patienten am Vortag eines Eingriffs in der Regel nicht in der Lage seien, Informationen vollständig aufzunehmen oder weitreichende Entscheidungen zu treffen. Die Folge seien Abblockreaktionen, Beunruhigung und Ratlosigkeit²⁰⁴³. Zudem könne der Patient bei einer Aufklärung erst am Vortag die Entscheidung nicht mehr mit seinen Angehörigen oder anderen Vertrauenspersonen besprechen²⁰⁴⁴. Mit der Durchführung der frühzeitigen Aufklärung seien auch keine schwerwiegenden organisatorischen Schwierigkeiten verbunden. Der Arzt könne nach Abschluss der Untersuchungen zusammen mit dem Aussprechen der Operationsempfehlung auch ohne Schwierigkeiten auf die Risiken des Eingriffs hinweisen oder ein außerhalb des Krankenhauses untersuchter Patient könne zur Durchführung der Aufklärung einbestellt werden²⁰⁴⁵.

Insgesamt steht unabhängig von den Vor- und Nachteilen fest, dass die haftungsrechtliche Situation der Ärzte durch die unklaren Kriterien für die Bestimmung der Rechtzeitigkeit und die beweisrechtliche Vermutung verschärft wurde²⁰⁴⁶.

(4) Stufenaufklärung

Eine weitere grundlegende Entscheidung zu den Modalitäten der Aufklärung traf der BGH bereits am 4. November 1975²⁰⁴⁷, als er die von der Literatur entwickelte und sich in der Praxis immer mehr durchsetzende sogenannte Stufenaufklärung als rechtmäßig anerkannte²⁰⁴⁸. Nach diesem Aufklärungsmodell sollte der Patient zunächst im Wege einer Basisaufklärung im großen und ganzen darüber in Kenntnis gesetzt werden, welche Maßnahmen vorgenommen werden sollten und welche Risiken diese mit sich bringen konnten. Auf der zweiten Stufe dann sollte der Arzt prüfen, ob der Patient alles verstanden oder noch Fragen hatte und ob auf bestimmte Punkte noch genauer eingegangen werden musste²⁰⁴⁹.

Beachtlich ist an dieser Entscheidung außerdem, dass der BGH hier selbstsicheren und verständigen Patienten bei einer solchen Aufklärung die Obliegenheit auferlegte, keine unvollständigen oder falschen Angaben über solche Umstände zu machen, deren Bedeutung für die Aufklärung sie erkennen konnten und mussten. Anderenfalls treffe sie ein Mitverschulden bei Aufklärungsfehlern. Diese Grundsätze sollte

²⁰³⁸ Hoppe, NJW 1998, S.782, 785.

²⁰³⁹ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 308.

²⁰⁴⁰ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 309.

²⁰⁴¹ Hoppe, NJW 1998, S.782, 785.

²⁰⁴² Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 309.

²⁰⁴³ Hoppe, NJW 1998, S.782, 785.

²⁰⁴⁴ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 309.

²⁰⁴⁵ Wertenbruch, MedR 1995, S.306, 310.

²⁰⁴⁶ Hoppe, NJW 1998, S.782, 787.

²⁰⁴⁷ BGH VersR 1976, S.293 ff.

²⁰⁴⁸ Giesen, JZ 1982, S.391, 398.

²⁰⁴⁹ BGH NJW VersR 1975, S.293, 294; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.143.

nach dem BGH bei Patienten mit eher einfacher Denkweise nicht in Betracht kommen²⁰⁵⁰. Das bedeutete eine Einschränkung der Aufklärungspflicht im Vergleich zur früheren Rechtsprechung, nach der nur die tatsächliche Kenntnis des Patienten die Anforderungen an den Arzt schmälerte²⁰⁵¹. Die Haftungssituation der Ärzte wurde somit durch die Modifikation der Aufklärungspflicht zu ihren Gunsten leicht verbessert.

(5) Wirtschaftliche Aufklärung

Eine andere Entscheidung, die sich nicht auf die Art und Weise der Durchführung der Aufklärung, sondern auf deren Inhalt bezog, dehnte die Pflichten der Ärzte dagegen wiederum etwas aus. Der BGH erkannte in seiner Entscheidung vom 1. Februar 1983²⁰⁵² nämlich erstmals die Pflicht des Arztes zur sogenannten wirtschaftlichen Aufklärung an und erweiterte damit den Umfang der Aufklärungspflicht und die Pflichten des Arztes um einen wesentlichen Aspekt. Der Arzt sollte demnach vertraglich verpflichtet sein, bei begründeten Zweifeln daran, dass die private Krankenversicherung des Patienten die Notwendigkeit der Behandlung in der Klinik anerkennen und die Kosten übernehmen werde, den Patienten hierauf hinzuweisen²⁰⁵³. Diesen Grundsatz hat der BGH und die übrige Rechtsprechung im Laufe der achtziger Jahre noch in mehreren Entscheidungen bestätigt²⁰⁵⁴. Bei Verletzung dieser Pflicht durch den Arzt wurde dem Patienten ein Anspruch auf Ersatz der Kosten zugesprochen²⁰⁵⁵.

(6) Aufklärung über Schmerzen

Die Aufklärungspflicht des Arztes wurde auch durch eine Entscheidung des BGH vom 7. Februar 1984²⁰⁵⁶ deutlich ausgedehnt. Der BGH nahm hier zum ersten Mal auch dann einen die Einwilligung unwirksam machenden Aufklärungsfehler an, wenn der Arzt den Patienten nicht darüber aufgeklärt hatte, dass mit dem geplanten Diagnoseeingriff erhebliche Schmerzen verbunden sein könnten²⁰⁵⁷. Der BGH verneinte den Zurechnungszusammenhang in einem solchen Fall aber dann, wenn sich bei einer unterlassenen Aufklärung über mögliche Schmerzen ein anderes, nicht aufklärungsbedürftiges Eingriffsrisiko verwirklicht hatte²⁰⁵⁸.

(7) Aufklärung über Infektionsrisiko

Ganz erheblich verschärft wurde die Aufklärungspflicht der Ärzte aber nicht nur durch die bereits erwähnten Entscheidungen, sondern auch durch die Festlegung neuer aufklärungsbedürftiger Risiken durch die erste²⁰⁵⁹ und Aufsehen erregende Entscheidung des BGH zu Fragen einer AIDS-Infektion am 30. April 1991²⁰⁶⁰.

Danach sollte der Patient nicht nur über die Gefahren des Eingriffs selbst, sondern auch über die mit einem möglicherweise notwendigen Folgeeingriff verbundenen Gefahren aufgeklärt werden²⁰⁶¹. Im konkreten Fall ging es um die Aufklärung über die Gefahr einer Infektion mit Hepatitis oder AIDS bei einer Übertragung von Fremdblut, wenn bei einem Eingriff die Notwendigkeit einer intra- oder postoperativen Bluttransfusion ernsthaft zu erwarten stand. Der Arzt sollte neben einer Aufklä-

²⁰⁵⁰ BGH NJW VersR 1975, S.293, 294, 295; vgl. Tempel, NJW 1980, S.609, 612, 613.

²⁰⁵¹ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.89.

²⁰⁵² BGH NJW 1983, S.2630 f.

²⁰⁵³ BGH NJW 1983, S.2630, 2630; vgl. Laufs, NJW 1983, S.1345, 1350.

²⁰⁵⁴ Laufs, Arztecht, 5. Auflage, S.122; Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.169.

²⁰⁵⁵ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.169.

²⁰⁵⁶ BGH NJW 1984, S.1395 ff.

²⁰⁵⁷ BGH NJW 1984, S.1395, 1395; vgl. Kern/ Laufs, NJW 1984, S.631, 631.

²⁰⁵⁸ BGH NJW 1984, S.1395, 1396; vgl. Laufs, NJW 1985, S.1361, 1366.

²⁰⁵⁹ Laufs, NJW 1992, S.1529, 1536.

²⁰⁶⁰ BGH NJW 1992, S.743 ff.

²⁰⁶¹ BGH NJW 1992, S.743, 743; vgl. Laufs, Arztecht, 5. Auflage, S.100.

rung über die damit verbundenen Risiken die Patienten auch über die Möglichkeit der Alternative der Eigenblutspende hinweisen²⁰⁶².

Diese Rechtsprechung wurde ergänzt durch eine zweite Entscheidung des BGH zu HIV-kontaminierten Blutkonserven vom 14. Juni 2005²⁰⁶³. Hier betonte der BGH, dass der Patient, der vor der Verabreichung von Blutprodukten nicht aufgeklärt werden könne, etwa weil er bewusstlos war, im Wege der nachträglichen Sicherungsaufklärung über die Gefahr einer HIV-Infektion informiert werden und ihm nahe gelegt werden müsse, einen HIV-Test durchführen zu lassen²⁰⁶⁴. Der Schutzbereich dieser Aufklärungspflicht erstreckte sich aufgrund der mit einer HIV-Infektion verbundenen Lebensgefahr auch auf den im Behandlungszeitpunkt unter Umständen noch nicht bekannten Ehepartner des Behandelten²⁰⁶⁵.

(8) Zurechnungszusammenhang bei Aufklärungspflichtverletzung

Aber nicht nur in Bezug auf den erforderlichen Inhalt der Aufklärung sondern auch in Bezug auf die Frage, ob zwischen einer Aufklärungspflichtverletzung und der eingetretenen Schädigung des Patienten der für eine Haftung des Arztes nötige Zurechnungszusammenhang bestehe, wurde die Rechtsprechung erheblich differenziert.

Zum Zurechnungszusammenhang bei einem Verstoß gegen die Aufklärungspflicht erging ein erstes wichtiges Urteil des BGH am 14. Februar 1989²⁰⁶⁶. Der BGH nahm in dieser Entscheidung zum ersten Mal ausdrücklich Stellung zum Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen verletzter Aufklärungspflicht und eingetretenem Schaden und stellte sich dabei in Gegensatz zu zahlreichen Oberlandesgerichten und Stimmen in der Literatur²⁰⁶⁷. Der BGH entschied hier nämlich grundsätzlich, dass der Zurechnungszusammenhang immer dann anzunehmen sei, wenn sich gerade das aufklärungspflichtige Risiko verwirkliche, auch wenn dies dergestalt geschehe, dass infolge dieses aufklärungspflichtigen Risikos so schwere Folgen eingetreten seien, dass mit ihnen regelmäßig nicht gerechnet zu werden und deshalb der Patient hierüber nicht aufgeklärt zu werden brauchte²⁰⁶⁸. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hätte der Arzt den Patienten darauf hinweisen müssen, dass durch die intraartikuläre Injektion eines kortisonhaltigen Mittels in das Schultergelenk des Patienten die Gefahr einer Infektion des Gelenks mit der möglichen Folge einer Versteifung bestand. Dies war unterblieben. Über das fern liegende Risiko eines tödlichen Verlaufs infolge der Infektion hatte der Arzt den Patienten nicht aufklären müssen. Tatsächlich war der Tod des Behandelten eingetreten. Auch über diese Gefahr war keine Aufklärung erfolgt²⁰⁶⁹.

In dieser Entscheidung verschärfte der BGH den Zurechnungszusammenhang bei einer Aufklärungspflichtverletzung insofern, als der Arzt fortan nur dann nicht für die Folgen eines nicht aufklärungsbedürftigen Risikos einstehen müssen sollte, wenn der Patient eine Grundaufklärung über Art und Schwere des Eingriffs erhalten hatte und der eingetretene Schaden in Bedeutung und Auswirkung für den Patienten keine Ähnlichkeit mit dem aufklärungsbedürftigen Risiko hatte²⁰⁷⁰. Zusammenfassend sollte also ein Arzt bei unzureichender Aufklärung und der Verwirklichung eines aufklärungsbedürftigen Risikos folgendermaßen in Anspruch genommen werden kön-

²⁰⁶² BGH NJW 1992, S.743, 743; vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.100.

²⁰⁶³ BGH NJW 2005, S.2614 ff.

²⁰⁶⁴ BGH NJW 2005, S.2614, 2614, 2616; vgl. Katzenmeier, NJW 2005, S.3391, 3393; Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1635.

²⁰⁶⁵ BGH NJW 2005, S.2614, 2614, 2617, 2618; vgl. Katzenmeier, NJW 2005, S.3391, 3393.

²⁰⁶⁶ BGH NJW 1989, S.1533 ff.

²⁰⁶⁷ Giesen/ Langkeit, JR 1989, S.290, 290.

²⁰⁶⁸ BGH NJW 1989, S.1533, 1533; vgl. Laufs, NJW 1990, S.1505, 1508.

²⁰⁶⁹ BGH NJW 1989, S.1533, 1533; vgl. Laufs, NJW 1990, S.1505, 1508.

²⁰⁷⁰ BGH NJW 1989, S.1533, 1533; vgl. Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.227, 228.

nen: Beim Unterlassen einer Grundaufklärung sollte der Arzt auch für alle nicht aufklärungsbedürftigen Risiken haften, da die Einwilligung des Patienten unteilbar sei. Bei Durchführung einer Grundaufklärung, aber fehlender Aufklärung über einen bedeutsamen Punkt sollte eine Zurechnung nur dann stattfinden, wenn zwischen dem eingetretenen und dem aufklärungsbedürftigen Risiko ein Zusammenhang bestand und beide nach Art und Bedeutung vergleichbar waren oder das Risiko zum Folgebereich der aufklärungsbedürftigen Gefahr zu rechnen war²⁰⁷¹. Eine Entscheidung zur Zurechnung für den Fall, dass sich bei einer unzureichenden Aufklärung ein Risiko verwirklichte, über das ordnungsgemäß aufgeklärt worden war, stand noch aus²⁰⁷².

Diese Lücke schloss der BGH mit seiner Entscheidung vom 15. Februar 2000²⁰⁷³. Während der BGH in den neunziger Jahren seine bisherige Rechtsprechung zum Zurechnungszusammenhang bei Aufklärungspflichtverletzungen nur bestätigt und lediglich etwas präzisiert hatte²⁰⁷⁴, traf er hier eine grundlegende Entscheidung, die von der sich zuvor abzeichnenden Tendenz der Forderung nach einer Grundaufklärung abzuweichen schien²⁰⁷⁵. Hiernach sollte der Arzt dann nicht haften, wenn sich ein aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht habe, über das ordnungsgemäß aufgeklärt worden war, unabhängig davon, ob die Aufklärung auch auf weitere Risiken hätte erstreckt werden müssen. Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass die bisher geforderte Grundaufklärung, die immer dann erforderlich sein sollte, wenn eine Zurechnung bei fehlerhafter Aufklärung abgelehnt werden sollte, nicht gefordert wurde, und damit ein Bruch zur bisherigen Rechtsprechung stattfand²⁰⁷⁶. Hier wurde somit die Haftung nicht angenommen, obwohl die Aufklärung in Bezug auf andere, sich nicht verwirklichende Risiken, fehlerhaft und damit der Eingriff rechtswidrig war. Dass es sich bei diesem Ablassen vom Erfordernis einer Grundaufklärung nicht um eine Einzelentscheidung handelte, machte der BGH mit seinem Urteil vom 30. Januar 2001²⁰⁷⁷ deutlich. Er wies darauf hin, dass die sogenannte Grundaufklärung nur in der Fallkonstellation eine Rolle spiele, in der sich ein äußerst seltenes, eigentlich nicht aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht habe. Hier sei eine Haftung nur dann zu bejahen, wenn der Patient nicht einmal auf das schwerstmögliche Risiko hingewiesen worden sei, so dass ihm Schwere und Tragweite des Eingriffs verborgen geblieben seien²⁰⁷⁸. Damit wurde die Haftungssituation der Ärzte wieder etwas entschärft.

b) Entscheidungen mit Bedeutung für die prozessuale Geltendmachung

Der dritte große Bereich neben der Arbeitsteilung und der Aufklärungspflichtverletzung, in dem die Rechtsprechung das Arzthaftungsrecht grundlegend weiter entwickelte, war die prozessuale Geltendmachung der Ansprüche aus Behandlungsfehlern oder Aufklärungspflichtverletzungen. Hier wurde vor allem die prozessuale Lage der Patienten durch zahlreiche Beweislastmodifikationen verbessert.

aa) Beweislastverteilung

Die Beweislastverteilung zwischen den Parteien spielt schon immer eine besondere Rolle für den Ausgang eines arzthaftungsrechtlichen Verfahrens.

²⁰⁷¹ BGH NJW 1989, S.1533, 1535; vgl. Giesen, JZ 1990, S.1053, 1061.

²⁰⁷² Giesen/ Langkeit, JR 1989, S.290, 290; Giesen, JZ 1990, S.1053, 1061.

²⁰⁷³ BGH NJW 2000, S.1784 ff.

²⁰⁷⁴ Laufs, NJW 1992, S.1529, 1534.

²⁰⁷⁵ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.130.

²⁰⁷⁶ BGH NJW 2000, S.1784, 1784; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.130, 131.

²⁰⁷⁷ BGH MDR 2001, S.568 f.

²⁰⁷⁸ BGH MDR 2001, S.568, 569; vgl. Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1153.

(1) Prozessuale Waffengleichheit

Im sogenannten „Dammschnitturteil“ vom 14. März 1978²⁰⁷⁹ hat sich der BGH grundsätzlich zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess geäußert²⁰⁸⁰. Er betonte und hielt daran fest, dass eine Abkehr von der generellen, grundsätzlichen Beweislast im Arzthaftungsrecht nicht in Betracht komme. Die Eigentümlichkeit des ärztlichen Handelns bedinge nämlich, dass aus einem Behandlungsfehler nicht auf eine Pflichtwidrigkeit des Arztes geschlossen werden könne. Auch bestünden bei arzthaftungsrechtlichen Streitigkeiten typischerweise Beweisschwierigkeiten auf beiden Seiten. Dem Patienten fehle der Einblick in die Vorgänge bei der Behandlung und der Arzt sei mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass ohne sein Verschulden ein negativer Behandlungsverlauf „infolge der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus ausnahmsweise auch schicksalhaft“ auftreten könne²⁰⁸¹. Um sich davor zu schützen, dass ihm im Falle einer Beweislastumkehr auch solche Zufälligkeiten angelastet würden, müsste sich der Arzt durch Aufzeichnungen oder Zeugen in einer Weise schützen, die mit einem effektiven ärztlichen Handeln nicht vereinbar wäre²⁰⁸². Aus diesem Grund hielt der BGH auch weiterhin daran fest, dass eine grundsätzliche Verlagerung der Beweislast auf den Arzt unbillig wäre²⁰⁸³. Damit sollte den Patienten zwar grundsätzlich die Beweislast im Falle eines Behandlungsfehlers treffen, die prozessuale Situation des Patienten aber durch zahlreiche Beweiserleichterungen immer mehr verbessert wurde.

Diese Rechtsprechung des BGH wurde vom Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 25. Juli 1979²⁰⁸⁴ ausdrücklich begrüßt. Das Bundesverfassungsgericht äußerte, von denen bis zur Beweislastumkehr reichenden Beweiserleichterungen müsste dann voll umfänglich Gebrauch gemacht werden, wenn die volle Beweislast dem Patienten nach Ermessen des Tatrichters nicht zumutbar sei²⁰⁸⁵. Dies gebiete der verfassungsrechtliche Grundsatz des fairen Prozesses²⁰⁸⁶. Die vier die Entscheidung tragenden Richter schlossen eine Weiterentwicklung der Grundsätze bis hin zu einer vollständigen Beweislastumkehr nicht aus²⁰⁸⁷. Die vier unterlegenen Richter hegten verfassungsrechtliche Bedenken dagegen, die Beweislast der Seite aufzubürden, die nach den tatsächlichen Umständen in der Regel den nötigen Beweis nicht erbringen könne. Deshalb sahen sie die Fortentwicklung der Beweislastgrundsätze nicht nur als vorstellbar, sondern als nötig an und forderten auch eine konsequentere Anwendung der bestehenden Grundsätze²⁰⁸⁸. Vor allem diese Mindermeinung im Bundesverfassungsgericht hatte Auswirkungen auf die Rechtsprechung des BGH. Dieser strebte danach nämlich verstärkt nach einer flexiblen und um gerechten Ausgleich bemühten Prozessführung im Arzthaftungsrecht und nahm häufiger Beweiserleichterungen in Einzelfällen an²⁰⁸⁹.

(2) Dokumentationspflichtverletzung

Erste Entscheidungen zur deutlichen Verbesserung der prozessualen Lage des Patienten im Arzthaftungsprozess traf der BGH schon Ende der siebziger Jahre. Der BGH wich beispielsweise in seiner Entscheidung vom 27. Juni 1978²⁰⁹⁰ erstmals von seiner bisherigen Rechtsprechung ab und stellte ausdrücklich die Pflicht des

²⁰⁷⁹ BGH NJW 1978, S.1681f.

²⁰⁸⁰ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.980.

²⁰⁸¹ BGH NJW 1978, S.1681, 1682.

²⁰⁸² BGH NJW 1978, S.1681, 1682.

²⁰⁸³ Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.980.

²⁰⁸⁴ BVerfG NJW 1979, S.1925 ff.

²⁰⁸⁵ BVerfG NJW 1979, S.1925, 1925.

²⁰⁸⁶ BVerfG NJW 1979, S.1925, 1926; vgl. Giesen, JZ 1982, S.448, 449.

²⁰⁸⁷ BVerfG NJW 1979, S.1925, 1927; vgl. Giesen, JZ 1982, S.448, 449.

²⁰⁸⁸ BVerfG NJW 1979, S.1925, 1925; vgl. Giesen, JZ 1982, S.448, 449.

²⁰⁸⁹ Giesen, JZ 1982, S.448, 450.

²⁰⁹⁰ BGH VersR 1978, S.1022 ff.

Arztes gegenüber seinem Patienten fest, ordnungsgemäße und vollständige schriftliche Krankenunterlagen zu führen²⁰⁹¹. Genaue Aussagen über den Inhalt der Dokumentationspflicht fehlten in der Entscheidung zwar, dafür wurden aber die Folgen einer Verletzung der neuen Pflicht festgelegt. Ein Verstoß gegen diese Pflicht sollte insbesondere beweisrechtliche Konsequenzen haben. Sollten die erforderlichen Aufzeichnungen in unzulänglicher Weise erstellt worden sein, so sollte dies zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr in dem Umfang führen, in dem nach tatrichterlichem Ermessen dem Patienten die Beweislast für einen Behandlungsfehler deshalb billigerweise nicht mehr zumutbar war, weil der Arzt durch die Versäumnisse bei der Aufzeichnung die Aufklärung des Fehlers erschwerte oder unmöglich gemacht hatte²⁰⁹². Mit dieser Entscheidung wurde die alte Rechtslage verschärft, nach der Beweiserleichterungen nur dann in Betracht gekommen waren, wenn vorhandene Unterlagen wie Krankenblätter, EKG-Befunde oder Röntgenaufnahmen beseitigt oder verändert worden waren²⁰⁹³. Eine Dokumentationspflicht hatte der BGH vorher in ständiger Rechtsprechung nicht anerkannt. Man hatte es als unzumutbar für die Ärzte angesehen, alle Fragen und Behandlungsschritte in Bezug auf jeden einzelnen Patienten festzuhalten, und die möglicherweise angefertigten Aufzeichnungen sollten nur den Charakter von Gedächtnisstützen für den Arzt haben²⁰⁹⁴.

Den anfangs noch etwas unklaren Umfang der Beweiserleichterung bei einem Dokumentationsmangel konkretisierte der BGH in zwei Entscheidungen vom 28. Juni 1988²⁰⁹⁵ und 24. Januar 1989²⁰⁹⁶. Eine unterlassene Aufzeichnung indiziere zunächst nur, dass die aufzeichnungspflichtige Maßnahme nicht durchgeführt worden sei. Der Patient müsse dann im Regelfall noch beweisen, dass das Unterlassen einen für den Schaden kausalen Behandlungsfehler darstelle, es sei denn, der wegen der fehlenden Dokumentation indizierte Behandlungsfehler wäre grob oder der Arzt habe gegen eine besondere Befundsicherungspflicht verstoßen²⁰⁹⁷. Dadurch wurde die Bedeutung der Dokumentationspflichtverletzung für die Beweislastverteilung wieder etwas eingeschränkt²⁰⁹⁸.

Die neue Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht wurde durch eine höchstrichterliche Entscheidung vom 23. November 1982²⁰⁹⁹ konsequent fortgesetzt und die Beweislast des Patienten weiter verbessert²¹⁰⁰, indem die Dokumentationspflicht des Arztes durch ein Einsichtsrecht des Patienten in ihrer Bedeutung verstärkt wurde. Der BGH legte in dieser Entscheidung nämlich fest, dass dem Patienten gegenüber dem Arzt auch außerhalb des Arzthaftungsprozesses, etwa zur Überprüfung eines Behandlungsfehlers oder zur Vorbereitung einer Klage, ein Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen zustehe. Dieses sollte jedoch begrenzt sein auf naturwissenschaftlich konkretisierbare physische Befunde und Berichte über Behandlungsmaßnahmen²¹⁰¹. Dagegen sollten Aufzeichnungen mit emotioneller Färbung oder solche, die subjektive Wertungen des Arztes oder nachher wieder aufgegebene Verdachtsdiagnosen wiedergaben, den Patienten nicht zur Verfügung gestellt werden²¹⁰². Diese Passagen sollten vom Arzt oder Krankenhaus bei der Einsicht er-

²⁰⁹¹ BGH VersR 1978, S.1022, 1023; vgl. Mirtsching/ Weyers, JuS 1980, S.317, 322.

²⁰⁹² BGH VersR 1978, S.1022, 1024.

²⁰⁹³ Mirtsching/ Weyers, JuS 1980, S.317, 322.

²⁰⁹⁴ Wasserburg, NJW 1980, S.617, 618.

²⁰⁹⁵ BGH NJW 1988, S.2949 ff.

²⁰⁹⁶ BGH NJW 1989, S.2330 f.

²⁰⁹⁷ BGH NJW 1978, S.2949, 2950; BGH NJW 1989, S.2330, 2331; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.45.

²⁰⁹⁸ Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage, S.171.

²⁰⁹⁹ BGH NJW 1983, S.328 ff.

²¹⁰⁰ Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.111.

²¹⁰¹ BGH NJW 1983, S.328, 329; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.111.

²¹⁰² BGH NJW 1983, S.328, 329; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.112.

kennbar abgedeckt werden²¹⁰³. Begründet wurde das Einsichtsrecht erstmals nicht vertraglich oder deliktisch sondern mit dem Selbstbestimmungsrecht und der persönlichen Würde des Patienten, aufgrund derer der Patient nicht bloßes Objekt der Behandlung sein dürfe²¹⁰⁴. Die Unterlagen oder Kopien sollten dem Patienten zur Auswertung überlassen werden und die Art der Auswertung dem Patienten offen stehen²¹⁰⁵.

Der BGH nahm darüber hinaus in einer Entscheidung vom selben Tag²¹⁰⁶ noch zum Einsichtsrecht des Patienten bei psychiatrischer Behandlung Stellung. Da hier nicht naturwissenschaftliche physische Befunde sondern subjektive Bewertungen im Vordergrund stünden, sollte das Einsichtsrecht in diesen Fällen stark eingeschränkt oder ganz abzulehnen sein. Grund hierfür sei neben dem Schutz des Patienten auch die Tatsache, dass häufig Äußerungen der Angehörigen in den Unterlagen enthalten seien²¹⁰⁷. Grundsätzlich sei aber, so der BGH einschränkend, vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten „auch in gewissen Umfang das Recht zur Selbstschädigung“ umfasst, weshalb die Einschränkung nicht zu eng gehandhabt werden dürfe²¹⁰⁸. Später hat der BGH in einer Entscheidung vom 2. Oktober 1984²¹⁰⁹ diese engen Grenzen des Einsichtsrechts wieder etwas gelockert, indem er das Recht dann bejahte, wenn keine schutzwürdigen Interessen des Patienten, des Arztes oder Dritter entgegenstünden, mithin die Versagung der Einsicht missbräuchlich wäre²¹¹⁰. Die Entscheidung darüber, ob eine Ausnahme vorlag oder nicht, sollte aber nach wie vor dem behandelnden Arzt überlassen bleiben²¹¹¹.

Die Rechtsprechung des BGH zum Einsichtsrecht des Patienten in seine Behandlungsunterlagen geriet in Hinblick auf dessen Beschränkungen später zunehmend in die Kritik wegen der verstärkten Betonung der Persönlichkeitsrechte der Patienten²¹¹², und die Instanzgerichte hatten Schwierigkeiten bei der Festlegung der Ausnahmefälle²¹¹³. Auch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Einsichtsrecht in Krankenunterlagen²¹¹⁴ konnte an der teilweise als unbefriedigend empfundenen Rechtslage nichts ändern, da der zugrunde liegende Fall, eine Verfassungsbeschwerde eines im Maßregelvollzug Untergebrachten auf Einsicht in seine Krankenunterlagen, nicht auf das privatrechtliche Arzt-Patienten-Verhältnis übertragen werden kann²¹¹⁵. Somit herrscht bis heute eine gewisse Rechtsunsicherheit darüber, in welchen Fällen eine Ausnahme vom Einsichtsrecht des Patienten gemacht werden kann. Insgesamt aber wurde die prozessuale Lage der Patienten durch die Beweislastveränderung bei einer Dokumentationspflichtverletzung und das Einsichtsrecht in die Krankenunterlagen erheblich verbessert.

(3) Befunderhebungspflichtverletzung

Eine weitere Modifikation der Beweislast zu Gunsten der Patienten nahm der BGH in seiner Entscheidung vom 21. September 1982²¹¹⁶ vor. Er übertrug die Grundsätze, die er zur Beweislast bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers entwickelt

²¹⁰³ BGH NJW 1983, S.328, 330; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.112.

²¹⁰⁴ BGH NJW 1983, S.328, 329; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.112.

²¹⁰⁵ BGH NJW 1983, S.328, 329; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.112.

²¹⁰⁶ BGH NJW 1983, S.330 f.

²¹⁰⁷ BGH NJW 1983, S.330, 331.

²¹⁰⁸ BGH NJW 1983, S.330, 331; vgl. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.115.

²¹⁰⁹ BGH VersR 1984, S.1171 f.

²¹¹⁰ BGH VersR 1984, S.1171, 1171; vgl. Deutsch/ Matthies, Arzthaftungsrecht, 1. Auflage, S.64.

²¹¹¹ BGH VersR 1984, S.1171, 1172; vgl. Giesen, JZ 1985, S.288, 289.

²¹¹² Hinne, NJW 2005, S.2270, 2271.

²¹¹³ Hinne, NJW 2005, S.2270, 2272.

²¹¹⁴ BVerfG v. 9. Januar 2006, NJW 2006, S.1116 ff.

²¹¹⁵ BVerfG NJW 2006, 1116, 1118.

²¹¹⁶ BGH NJW 1983, S.333.

hatte auf die Fälle, in denen der Arzt in großem Ausmaß die Erhebung von Diagnose- und Kontrollbefunden unterlassen hatte und ihm deshalb angelastet werden konnte, dass zur Aufklärung des Behandlungsablaufs erforderliche Daten fehlten²¹¹⁷. In einem solchen Fall sei eine geänderte Beweislast besonders davon abhängig, wie stark der Arzt durch sein Unterlassen die Aufklärbarkeit der Ursachenzusammenhänge beeinflusst habe²¹¹⁸. Zwar stelle ein solches Versäumnis auch einen ärztlichen Behandlungsfehler dar, die Folge der Unterlassung sei aber einer unterlassenen Dokumentation vergleichbar, weshalb auch die gleichen beweisrechtlichen Konsequenzen angezeigt erschienen²¹¹⁹.

Der BGH²¹²⁰ hat am 13. Februar 1996 diese Rechtsprechung dahingehend eingeschränkt, dass eine Beweiserleichterung in Hinblick auf die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Körperschaden nur dann in Betracht komme, wenn ein grober Behandlungsfehler angenommen werden könne, weil man bei der Durchführung der an sich erforderlichen Befunderhebung ein so deutliches und schwerwiegendes Ergebnis erhalten hätte, dass dessen Verkenntung einen groben Sorgfaltspflichtverstoß bedeutet hätte²¹²¹. Nach der alten Rechtsprechung sollte eine Beweiserleichterung schon dann in Betracht kommen, wenn der Arzt die unterlassene Befunderhebung oder –sicherung wegen des besonderen Risikos des Verlaufs der Erkrankung hätte vornehmen müssen. Durch die Verbindung dieser ursprünglich selbständigen Beweisfigur mit den Regeln zum groben Behandlungsfehler wurden die Voraussetzungen für die Beweiserleichterung deutlich verschärft und damit die Haftungssituation der Ärzte wieder leicht verbessert.

(4) Beherrschbare Risiken

Zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Patienten führte auch ein Grundsatzurteil des BGH vom 11. Oktober 1977²¹²² zur Beweislastverteilung bei sogenannten beherrschbaren Risiken. Der BGH verpflichtete hier den Arzt, sich vor dem Einsatz eines technischen Geräts mit dessen Funktionsweise und technischen Besonderheiten auseinanderzusetzen und gegebenenfalls den Hersteller um genauere Angaben zu ersuchen²¹²³. Eine Einführung durch sachverständige Mitarbeiter der Herstellerfirma sollte grundsätzlich allein ohne Rückfragen ausreichend sein können²¹²⁴. Der BGH forderte darüber hinaus eine optische Kontrolle der Geräte vor jedem Einsatz durch den Arzt und falls nötig eine ständige Kontrolle durch entsprechende Fachkräfte²¹²⁵. Den Krankenhausträger sollte bei einem totalen Krankenhausaufnahmevertrag die Pflicht treffen, funktionsfähige Geräte zur Verfügung zu stellen²¹²⁶. Sollte eine dieser Pflichten verletzt werden, so wurde dem Krankenhausträger nach § 282 BGB die Beweislast dafür zugewiesen, dass der Schaden des Gerätes nicht durch das Verschulden eines seiner Erfüllungsgehilfen verursacht worden war²¹²⁷. Auch dem Arzt wurde daneben die Beweislast auferlegt. Zwar könne diesem nicht die generelle Beweislast auferlegt werden, da er nur eine kunstgerechte Behandlung aber keinen Heilerfolg schulde. Dieser Grundsatz gelte jedoch nur in Bezug auf die Hauptpflichten, nicht aber bezüglich der Erfüllung voll beherrschbarer Nebenpflichten wie der Gewährleistung der technischen Voraussetzungen für eine ordnungs-

²¹¹⁷ BGH NJW 1983, S.333, 333.

²¹¹⁸ BGH NJW 1983, S.333, 334.

²¹¹⁹ BGH NJW 1983, S.333, 334.

²¹²⁰ BGH NJW 1996, 1589 ff.

²¹²¹ BGH NJW 1996, S.1589, 1589; vgl. Rehborn, MDR 1999, S.1169, 1171.

²¹²² BGH VersR 1978, S.82 ff.

²¹²³ BGH VersR 1978, S.82, 84.

²¹²⁴ BGH VersR 1978, S.82, 85.

²¹²⁵ BGH VersR 1978, S.82, 84.

²¹²⁶ BGH VersR 1978, S.82, 83.

²¹²⁷ BGH VersR 1978, S.82, 83; vgl. Giesen, JZ 1982, S.448, 454.

gemäße Behandlung²¹²⁸. Somit waren die Voraussetzungen für die Beweislastumkehr bei voll beherrschbaren technischen Risiken geschaffen.

Eine weitere, Aufsehen erregende Entscheidung zur Umkehr der Beweislast traf der BGH am 3. November 1981²¹²⁹. Hiernach sollte die Beweislast zu Lasten eines Krankenhausträgers umgekehrt sein, in dessen Einflussbereich ein Patient durch eine verseuchte Infusionsflüssigkeit zu Schaden gekommen war²¹³⁰. Die besondere Bedeutung des Urteils liegt darin, dass der BGH in Bezug auf die Beweislastverteilung über den entschiedenen Fall hinaus Parallelen zwischen der Haftung eines Warenproduzenten, der nach der Rechtsprechung des BGH bei fehlerhaften Produkten stets die Beweislast für sein Nichtverschulden trug, und der Haftung der Ärzte und Krankenanstalten zog²¹³¹. Die Interessenlage sei in beiden Fällen die gleiche: Die Umstände, aus denen die Gefahr und der Schaden erwuchsen, könnten vom Beklagten voll beherrscht werden. Der Geschädigte befinde sich in einer aussichtslosen Beweisnot. Deshalb sei es unbillig, dem Kläger die Beweislast aufzuerlegen²¹³². Ein Rückgriff auf § 282 BGB erfolgte dabei anders als im eben erwähnten Fall nicht. In der Literatur wurde nach dieser Entscheidung deshalb die Erwartung gehegt, der BGH könne sich bald in Anlehnung an die Grundsätze der Produzentenhaftung für eine generelle Beweislast der Ärzte für ihr Nichtverschulden aussprechen²¹³³. Auch wenn sich diese Erwartung nicht erfüllte, so ist die Entscheidung deshalb von besonderer Bedeutung, weil hier als ein in Zukunft gültig bleibender Grundsatz die Beweislastumkehr zu Lasten der Ärzte oder Krankenhäuser in Fällen eines Organisationsverschuldens entwickelt wurde²¹³⁴.

Ebenfalls in die Kategorie der Entscheidungen zur Beweislast bei voll beherrschbaren Risiken gehörte ein Urteil des BGH vom 27. September 1983²¹³⁵, in dem die bereits erwähnte neue Rechtsprechung zu den sogenannten Anfängeroperationen auch auf das Beweisrecht ausgedehnt wurde. Bei Auftreten eines durch einen Anfänger verübten Behandlungsfehlers sollte nämlich entweder den Krankenhausträger oder den für die Übertragung auf den Anfänger verantwortlichen Arzt die Beweislast dafür treffen, dass die fehlende Erfahrung oder Übung des Operators nicht die Ursache für die aufgetretene Komplikation war²¹³⁶. Dies wurde damit begründet, dass die Verantwortlichen durch entsprechende Kontrollen das Risiko der Anfängeroperation voll hätten beherrschen können und sie deshalb auch das Risiko treffe, die Ursächlichkeit der schuldhafte geschaffenen Risikoerhöhung für den Schaden nicht aufklären zu können²¹³⁷. Dadurch wurden die möglichen Fälle einer Beweiserleichterung um einen wichtigen Fall erweitert²¹³⁸.

Durch die Entscheidung des BGH zu HIV-kontaminierten Blutkonserven vom 30. April 1991²¹³⁹ deutete sich eine weitere Verschärfung der Grundsätze zur Beweislastverteilung bei beherrschbaren Gefahrenkreisen an.

Ursprünglich hatte der BGH zur Entwicklung dieses Instituts die vollständige Beherrschbarkeit der sich realisierenden Gefahr als entscheidenden Anknüpfungspunkt herangezogen²¹⁴⁰. Im vorliegenden Fall aber sollte die wegen der Infektion

²¹²⁸ BGH VersR 1978, S.82, 83; vgl. Laufs, NJW 1978, S.1177, 1181.

²¹²⁹ BGH VersR 1982, S.161 ff.

²¹³⁰ BGH VersR 1982, S.161, 161.

²¹³¹ BGH VersR 1982, S.161, 162.

²¹³² BGH VersR 1982, S.161, 162; vgl. Laufs, NJW 1982, S.1319, 1322.

²¹³³ Giesen, JZ 1982, S.345, 352.

²¹³⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.143.

²¹³⁵ BGH NJW 1984, S.655 ff.

²¹³⁶ BGH NJW 1984, S.655, 655.

²¹³⁷ BGH NJW 1984, S.656, 657; vgl. Laufs, NJW 1984, S.1383, 1386.

²¹³⁸ Laufs, NJW 1984, S.1383, 1386.

²¹³⁹ BGH NJW 1991, S.1948 ff.

²¹⁴⁰ Spickhoff, JZ 1991, S.756, 759, 760.

eines Patienten durch verseuchte Blutkonserven in Anspruch genommene Krankenhausträgerin infolge einer Beweislastumkehr die Beweislast dafür tragen, dass der betreffende infizierte Blutspender durch eine gehörige Warnung des Krankenhauses von der Blutspende abgehalten worden wäre²¹⁴¹. Der BGH ging nämlich davon aus, einen Krankenhausträger treffe wegen der großen Risiken bei Blutübertragungen die Pflicht, alle zumutbaren Maßnahmen durchzuführen, um die Angehörigen von Risikogruppen vom Blutspenden abzuhalten und jeden einzelnen Blutspender besonders deutlich auf die mit einer HIV-kontaminierten Blutspende für alle Beteiligten verbundene Gefahren hinzuweisen²¹⁴². Zudem hätten nur die Angehörigen des Krankenhauses Einfluss auf die Auswahl der Blutspender ausüben können²¹⁴³. Da somit der Entschluss eines Spenders zum Blutspenden im „ausschließlichen Risikobereich“ des Krankenhauses liege, müsse die Krankenhausträgerin die Beweisnachteile daraus tragen, dass der infizierte Spender nicht ausreichend unterrichtet und gewarnt worden war und deshalb nicht mehr nachvollziehbar sei, ob er bei entsprechender Einwirkung auf das Blutspenden verzichtet hätte²¹⁴⁴.

Bei dem Handeln des Blutspenders lag somit zwar ein in Wahrheit durch das Krankenhaus nur begrenzt beeinflussbarer Umstand vor, weil es sich hierbei um einen nicht vorhersehbaren, psychischen Entschluss handelte und dabei berücksichtigt werden muss, dass sich gerade Angehörige sogenannter Risikogruppen, wie etwa Drogenabhängige, von derartigen Fragen und Warnungen bei einer Blutspende gegen Entgelt als Einnahmequelle eher weniger beeindrucken lassen dürften. Dennoch sprach der BGH vom „ausschließlichen Risikobereich“ der Krankenhausträgerin²¹⁴⁵. Damit wurde eigentlich nicht mehr die volle Beherrschbarkeit der Gefahr als Voraussetzung der Beweislastumkehr gefordert, sondern die generelle Möglichkeit und Zumutbarkeit, auf eine bestimmte Gefahrenquelle einzuwirken, sollte ausreichen. Dadurch wurde der Gegenbeweis im Falle eines solchen psychisch vermittelten Kausalität praktisch unmöglich und die Haftung der Krankenhausträger in derartigen Fällen erheblich verschärft²¹⁴⁶. Dennoch sollte der Anwendungsbereich der in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze eher gering bleiben, da der zugrunde liegende Sachverhalt die Besonderheit aufwies, dass das Krankenhaus die verwendeten Blutkonserven selbst hergestellt und nicht wie allgemein üblich von Dritten bezogen hatte²¹⁴⁷.

Von größerer Bedeutung dürfte deshalb die zweite Entscheidung des BGH zum Themenbereich der HIV-kontaminierten Blutkonserven sein²¹⁴⁸, der ein Fall zugrunde lag, in dem das Krankenhaus von dritter Seite hergestellte Blutprodukte verwendete. Während der BGH in der ersten Entscheidung die Haftung des Krankenhausträgers durch eine Erweiterung der Beweislastumkehr herbeigeführt hatte, zog er in seiner zweiten Entscheidung zu diesem Themenbereich vom 14. Juni 2005²¹⁴⁹ hierzu den Anscheinsbeweis und das Institut der sogenannten sekundären Darlegungslast heran²¹⁵⁰.

Der typische Geschehensablauf, der die Annahme der Infektion des Patienten durch die Blutkonserve im Wege des Anscheinsbeweises rechtfertigen könne, wurde darin gesehen, dass die Kontaminierung des verabreichten Blutprodukts feststand und der Patient weder einer HIV-gefährdeten Risikogruppe angehörte, noch durch die

²¹⁴¹ BGH NJW 1991, S.1948, 1951; vgl. Spickhoff, JZ 1991, S.756, 759.

²¹⁴² BGH NJW 1991, S.1948, 1950; Pressestelle des BGH, MedR 1991, S.164, 165.

²¹⁴³ BGH NJW 1991, S.1948, 1950; vgl. Giesen, JR 1991, S.485, 489.

²¹⁴⁴ BGH NJW 1991, S.1948, 1951; vgl. Giesen, JR 1991, S.485, 489.

²¹⁴⁵ BGH NJW 1991, S.1948, 1951; vgl. Spickhoff, JZ 1991, S.756, 759.

²¹⁴⁶ Spickhoff, JZ 1991, S.756, 760.

²¹⁴⁷ Katzenmeier, NJW 2005, S.3391, 3392.

²¹⁴⁸ Katzenmeier, NJW 2005, S.3391, 3392.

²¹⁴⁹ BGH NJW 2005, S.2614 ff.

²¹⁵⁰ Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1634.

Art seiner Lebensführung einer erhöhte Infektionsgefahr ausgesetzt war²¹⁵¹. Die Kontaminierung des Blutprodukts konnte deshalb angenommen werden, weil der beklagte Krankenhausträger seiner sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen sei. Diese Pflicht wird dem Kläger immer dann auferlegt, wenn er in Bezug auf einen eigentlich von der Gegenseite darzulegenden Punkt alle wesentlichen Tatsachen kennt oder kennen muss und ihm nähere Angaben zumutbar sind²¹⁵². Die Klägerin konnte im vorliegenden Fall nur vortragen, die verabreichte Charge des Blutprodukts sei kontaminiert gewesen. Der Beklagte hätte, um diesen Vorwurf substantiiert bestreiten zu können, zumindest die Nummer der verwendeten Charge, die der Dokumentationspflicht unterfiel, nennen müssen, damit die Klägerin weitere Ausführungen hätte machen können. Da der Beklagte aber keine genauen Angaben hierzu machte, ging dieses unsubstantiierte Bestreiten zu seinen Lasten, die Kontamination wurde gemäß § 138 Absatz 3 ZPO als zugestanden angesehen²¹⁵³. Spätestens mit dieser Entscheidung wurde somit die Haftung der Krankenhäuser oder Ärzte für kontaminierte Blutprodukte durch die Beweiserleichterungen zu Gunsten der Patienten ganz erheblich verschärft²¹⁵⁴.

(5) Grober Behandlungsfehler

Auch in einer fast schon klassischen Fallgruppe der Beweiserleichterung, dem groben Behandlungsfehler, erfuhr die Rechtsprechung eine Weiterentwicklung. In Bezug auf die Beweislastverteilung bei einem groben Behandlungsfehler begann der BGH seit einer Entscheidung vom 16. Juni 1981²¹⁵⁵ angesichts der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einfachem und groben Behandlungsfehler nämlich immer mehr, nicht mehr von einer vollständigen Beweislastumkehr, sondern von Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zu sprechen²¹⁵⁶. Die starre Regel der Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler sollte durch eine flexiblere Handhabung der Beweislast auf der Rechtsfolgenseite ersetzt werden. Auch sollte, so der BGH in dieser Entscheidung erstmals, der grobe Behandlungsfehler nur dann beweisrechtliche Konsequenzen für die Kausalität zwischen Fehler und Schaden haben, wenn sich in dem Schaden gerade das Risiko realisiert habe, dessen Nichtbeachtung den Behandlungsfehler zu einem groben mache²¹⁵⁷. Dies stand in deutlichem Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung, nach der die generelle Eignung des Fehlers als Ursache des Schadens ausreichend sein sollte²¹⁵⁸.

In einer Entscheidung vom 28. Juni 1988²¹⁵⁹ versuchte der BGH die Formel „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ näher zu konkretisieren. Er betonte hier, dass die Wahrscheinlichkeit dafür, dass der grobe Fehler für den Schaden ursächlich sei, zwar nicht Bedingung für eine Änderung der Beweislastverteilung sei, sondern dass insofern die bloße Eignung des Fehlers als Ursache ausreichend sei. Dennoch sei der Grad dieser Wahrscheinlichkeit von Bedeutung für den Grad der Beweiserleichterung. Je weniger wahrscheinlich die Kausalität des Fehlers für den Schaden sei, um so weniger stark wirkten sich die durch den Fehler verursachten Aufklärungserschwernisse aus, und um so weniger erforderlich sei eine Beweislastumkehr²¹⁶⁰. Vielleicht auch wegen der mit dieser Formel verbundenen Rechtsunsicherheit hat der BGH selbst aber von der flexiblen Rechtsfolge lange Zeit keinen

²¹⁵¹ BGH NJW 2005, S.2614, 2615; vgl. Katzenmeier, NJW 2005, S.3391, 3392.

²¹⁵² BGH NJW 2005, S.2614, 2615.

²¹⁵³ BGH NJW 2005, S.2614, 2615, 1616; vgl. Katzenmeier, NJW 2005, S.3391, 3392.

²¹⁵⁴ Katzenmeier, NJW 2005, S. 3391, 3391.

²¹⁵⁵ BGH NJW 1981, S.2513 ff.

²¹⁵⁶ BGH NJW 1981, S.2513, 2513; vgl. Laufs, NJW 1981, S.1289, 1292.

²¹⁵⁷ BGH NJW 1981, S.2513, 2513; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.27.

²¹⁵⁸ Helbron, Arzthaftungsrecht, S.28.

²¹⁵⁹ BGH NJW 1988, S.2949 ff.

²¹⁶⁰ BGH NJW 1988, S.2949, 2950; vgl. Park, Arzthaftungsrecht, S.237.

Gebrauch gemacht, sondern nach wie vor die Umkehr der Beweislast angenommen²¹⁶¹.

Auch wenn es in der Realität somit wohl vorerst nicht gelang, mit der erwähnten Entscheidung die Beweislastverteilung beim groben Behandlungsfehler so einzuschränken, dass die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden konnten, so wurde zumindest der Anwendungsbereich der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler durch die Entscheidung vom 16. Juni 1981²¹⁶² in zweifacher Hinsicht eingeschränkt.

Ebenfalls zu einer gerechteren Interessenberücksichtigung im Rahmen der Beweislast bei einem groben Behandlungsfehler sollte die Entscheidung des BGH vom 10. Mai 1983²¹⁶³ beitragen. Der BGH führte aus, bei der Beurteilung, ob ein grober Behandlungsfehler vorliege, müsse der gesamte Sachverhalt berücksichtigt werden, insbesondere die Frage, welche Risiken für die jeweilige Behandlung trotz der medizinischen Fortschritte bestanden hätten²¹⁶⁴. Im Falle schlechter Ausgangschancen der Behandlung sei es unbillig, den Arzt mit dem gesamten Risiko zu belasten²¹⁶⁵. Ein grober Behandlungsfehler dürfe deshalb unter Umständen nicht angenommen werden²¹⁶⁶. Positiv an dieser neuen Rechtsprechung war auch hier das Streben nach der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls²¹⁶⁷.

Dadurch, dass die zwingende Beweislastumkehr aufgegeben und der Grad der Beweiserleichterung von den Gesamtumständen abhängig gemacht wurde, wurde die Haftungssituation der Ärzte etwas entschärft, die Situation der Patienten aber nicht ungerechtfertigt verschlechtert, da den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden sollte.

bb) Restriktion der Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand

Mitte der achtziger Jahre, am 7. Februar 1984, fing der BGH²¹⁶⁸ außerdem an zu versuchen, die Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand bei der Erhebung von Schadensersatzklagen einzuschränken, obwohl er sonst die Aufklärungspflicht der Ärzte tendenziell eher verschärfte. Dies geschah dadurch, dass der BGH forderte, dass ein Patient, der sich auf eine Aufklärungspflichtverletzung berufe, substantiiert darlegen müsse, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen echten Entscheidungskonflikt geraten wäre, der das behauptete Ablehnen der Therapie nachvollziehbar gemacht hätte²¹⁶⁹. Dabei sollten die vom Patienten vorgetragenen Gründe zwar nicht objektiv vernünftig sein, aber doch aus seiner Sicht plausibel erscheinen²¹⁷⁰. Der BGH führte in der Begründung zu seiner Entscheidung wörtlich aus: „Gerade bei solcher Sachlage bedarf es aber der Angabe von plausiblen Gründen für solchen Entschluss, um einer missbräuchlichen Berufung auf das Aufklärungsrecht entgegenzuwirken.“²¹⁷¹. Der Arzt musste damit nicht mehr beweisen, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte, sondern er konnte sich auf die hypothetische Einwilligung berufen. An dieser Rechtsprechung hat der BGH bis heute festgehalten²¹⁷².

²¹⁶¹ Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.30.

²¹⁶² BGH NJW 1981, S.2513 f.

²¹⁶³ BGH NJW 1983, S.2080 ff.

²¹⁶⁴ BGH NJW 1983, S.2080, 2081.

²¹⁶⁵ BGH NJW 1983, S.2080, 2082.

²¹⁶⁶ BGH NJW 1983, S.2080, 2082.

²¹⁶⁷ Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.28.

²¹⁶⁸ BGHZ 90, S.103 ff.

²¹⁶⁹ BGHZ 90, S.103, 103, 104.

²¹⁷⁰ BGHZ 90, S.103, 112; vgl. Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.93.

²¹⁷¹ BGHZ 90, S.103, 113.

²¹⁷² Helbron, *Arzthaftungsrecht*, S.95.

Der BGH hat aber nicht nur die Anforderungen an die Beweiserbringung seitens des Patienten erhöht, sondern er hat mit seiner Entscheidung vom 8. Januar 1985²¹⁷³ auch neue Grundsätze für den dem Arzt obliegenden Beweis für eine ordnungsgemäße Aufklärung aufgestellt, die die Situation der Ärzteschaft weiter verbesserten. Der Beweis sollte danach nicht „unbilligen und übertriebenen Anforderungen“ unterliegen. Es sollte vielmehr für den Richter in jedem einzelnen Fall ein Spielraum bleiben, die tatsächlichen Umstände hinreichend zu berücksichtigen²¹⁷⁴. Zwar brächten schriftliche Aufzeichnungen über die Durchführung der Aufklärung eine erleichterte Beweisführung mit sich, doch dürfte ein Unterlassen derartiger Aufzeichnungen nicht zur Folge haben, dass dem Arzt der Nachweis der Aufklärung unmöglich gemacht werde²¹⁷⁵. Andererseits könnten vom Patienten unterzeichnete Formulare und Merkblätter nicht in jedem Fall zur Beweisführung ausreichend sein, sie könnten im Gegenteil sogar Wesen und Zweck der Patientenaufklärung entgegenstehen²¹⁷⁶.

Durch diese Entscheidungen wurden die Anforderungen an den Patienten bei Berufen auf eine Aufklärungspflichtverletzung deutlich verschärft, die Hürden für einen Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung für einen verklagten Arzt dagegen deutlich herabgesetzt. Dadurch wurde zum einen die Haftungssituation der Ärzte, die durch die immer strengere Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht stark belastet worden waren, verbessert und zum anderen das Berufen auf die Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand erschwert.

cc) Sachverständige

Ein wesentlicher Faktor für den Ausgang eines Arzthaftungsverfahrens ist neben der Verteilung der Beweislast auch die Einschätzung der tatsächlichen Umstände durch den Sachverständigen. Da den Richtern in der Regel die nötige medizinische Sachkunde fehlt, sind sie in besonderer Weise auf die Aufklärung und Beurteilung des Sachverhalts durch die dazu bestellten sachverständigen Mediziner angewiesen.

In den siebziger Jahren ergingen wiederholt verschiedene, Aufsehen erregende Entscheidungen des BGH zur Rolle dieser medizinischen Sachverständigen im Arzthaftungsprozess. Die ersten dieser Entscheidungen stammen vom 10. November 1970²¹⁷⁷ und 22. April 1975²¹⁷⁸. Hierin machte der BGH deutlich, dass er an der Unparteilichkeit vieler Gutachter zweifle, und er hielt die Instanzgerichte deshalb an, die Sachverständigen eingehend zu befragen und ihnen mit kritischer Distanz zu begegnen²¹⁷⁹. Der BGH meinte in seiner Entscheidung vom 22. April 1975 sogar wörtlich, der Tatrichter dürfe „nicht übersehen, dass auch heute noch eine nicht geringe Zahl medizinischer Gutachter Schwierigkeiten hat, sich bei der Ausübung ihres Amtes von überholten und in diesem Zusammenhang der Rechtsordnung widersprechenden Standesregeln freizumachen“. Er müsse deshalb „auf Anzeichen einer hieraus möglicherweise entspringenden –gewiss häufig nicht bewussten– Voreingenommenheit des Gutachters“ geachtet werden²¹⁸⁰. Diese Einstellung wiederholte der BGH in zwei Entscheidungen vom 14. März 1978²¹⁸¹ und vom 19. Juni 1979²¹⁸². Er forderte hier die Gerichte bei der schwierigen Tatsachenfeststellung zu „beson-

²¹⁷³ BGH NJW 1985, S.1399ff.

²¹⁷⁴ BGH NJW 1985, S.1399, 1399.

²¹⁷⁵ BGH NJW 1985, S.1399, 1399.

²¹⁷⁶ BGH NJW 1985, S.1399, 1399; vgl. Laufs, *Arztrecht*, 5. Auflage, S.355.

²¹⁷⁷ BGH NJW 1971, S.241 ff.

²¹⁷⁸ BGH NJW 1975, S.1463 ff.

²¹⁷⁹ BGH NJW 1971, S.241, 243; BGH NJW 1975, S.1463, 1464; vgl. Giesen, *JZ* 1982, S.448, 455.

²¹⁸⁰ BGH NJW 1975, S.1463, 1464; vgl. Laufs, *NJW* 1976, S.1121, 1124.

²¹⁸¹ BGH *VersR* 1978, S.542 ff.

²¹⁸² BGH *VersR* 1979, S.939 ff.

ders kritischer Sorgfalt“ auf und dazu, die Gutachten genau zu überprüfen und die Unparteilichkeit ihrer Verfasser gründlich zu hinterfragen²¹⁸³.

Diese Entscheidungen erweckten enormes Aufsehen bei der Ärzteschaft und in der Öffentlichkeit. Aufschlüsse darüber, wie konkret die Gefahr war, an einen voreingenommenen Gutachter zu geraten, fehlen. Die Tatsache jedoch, dass mehrere höchstrichterliche Entscheidungen zu dieser Frage ergingen, spricht dafür, dass die Befürchtungen auch nicht ganz aus der Luft gegriffen gewesen sein dürften.

dd) Selbständiges Beweisverfahren im Arzthaftungsprozess

Der BGH²¹⁸⁴ nahm außerdem am 21. Januar 2003 zu der in der Literatur stark umstrittenen Frage Stellung, ob zur Feststellung eines Behandlungsfehlers im Arzthaftungsverfahren ein selbständiges Beweisverfahren zulässig sei. Der BGH bejahte diese Frage, da das in § 485 Absatz 2 Nr.2 ZPO geforderte rechtliche Interesse nicht schon grundsätzlich, sondern nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls verneint werden könne²¹⁸⁵, man könne jedenfalls weder aufgrund der Entstehungsgeschichte des § 485 Absatz 2, noch aufgrund von Sinn und Zweck oder aufgrund des Gesamtzusammenhangs mit § 485 Absatz 1 eine teleologische Reduktion im Bereich des Arzthaftungsrechts als nötig ansehen²¹⁸⁶.

Diese Entscheidung ist deshalb von erheblicher praktischer Bedeutung, weil von nun an vor Durchführung des eigentlichen Haftpflichtprozesses das Vorliegen eines Behandlungsfehlers im selbständigen Beweisverfahren geprüft werden kann.

c) Entscheidungen von allgemeinem Interesse

Es ergingen seit den siebziger Jahren neben den genannten, für die Entwicklung des Arzthaftungsrechts bedeutenden Entscheidungen auch Urteile, die deshalb von Bedeutung waren, weil sie zu einer in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, Literatur und Öffentlichkeit heftig diskutierten Fragen Stellung bezogen. Gemeint ist die sogenannte „Kind-als-Schaden-Rechtsprechung“ des BGH, die als speziellen Bereich die Folgen eines ärztliche Behandlungsfehlers in den Fällen zum Gegenstand hat, in denen auf eine fehlgeschlagene Sterilisation eine Schwangerschaft folgt, in denen aufgrund unzureichender Beratung oder Diagnose ein zulässiger Schwangerschaftsabbruch unterbleibt oder in denen ein Schwangerschaftsabbruch misslingt.

Heftig umstritten war in diesem Zusammenhang die Frage, ob in solchen Fällen ein Schadensersatzanspruch der Eltern gegen den behandelnden Arzt auf Ersatz des Unterhalts für das Kind zugesprochen werden könne. Die zunächst herrschende Meinung vertrat den Standpunkt, die Unterhaltsverpflichtung für ein ungewolltes Kind könne niemals als Schaden im Sinne des § 249 BGB beurteilt werden²¹⁸⁷. Zum ersten könne ein Kind nach den Wertungen des Grundgesetzes in Artikel 1 Absatz GG niemals einen Schaden darstellen. Auch könne die Unterhaltspflicht nicht aus der vielschichtigen Eltern-Kind-Beziehung herausgelöst und isoliert betrachtet werden. Zudem dürfe die in dieser Beziehung wurzelnde Unterhaltsbelastung nicht auf Dritte abgeschoben werden. Zuletzt würde auch die Unterhaltsleistung durch Dritte bei dem betroffenen Kind das Trauma hervorrufen, nicht gewollt zu sein²¹⁸⁸. Die zunehmend vertretene Ansicht ging allerdings dahin, das Vorliegen eines Schadens zu bejahen. Dieser sei ja nicht in dem Kind zu sehen, sondern völlig getrennt in der

²¹⁸³ BGH VersR 1978, S.542, 544; BGH VersR 1979, S.939, 941; vgl. Giesen, JZ 1982, S.448, 455.

²¹⁸⁴ BGH NJW 2003, S.1741 f.

²¹⁸⁵ BGH NJW 2003, S.1741, 1741; vgl. Spickhoff, NJW 2004, S.1710, 1718.

²¹⁸⁶ BGH NJW 2003, S.1741, 1742.

²¹⁸⁷ Emmerich, JuS 1980, S.757, 757.

²¹⁸⁸ Emmerich, JuS 1980, S.757, 757.

wirtschaftlichen Belastung der Eltern²¹⁸⁹. Auch führe die Unterhaltserbringung durch Dritte nicht notwendig zu Nachteilen für das Kind sondern könne den Eltern, deren Familienplanung moralisch nicht zu beanstanden sei, die emotionale Annahme des Kindes erleichtern²¹⁹⁰. Dieser Ansicht schloss sich auch der BGH an.

Nachdem die Instanzgerichte bereits verschiedentlich mit der Problematik einer Schwangerschaft nach einer fehlgeschlagenen Sterilisation befasst gewesen waren²¹⁹¹, erging die erste Entscheidung des BGH zu dieser Frage am 18. März 1980²¹⁹². Der BGH sprach den Eltern als Schadensersatz für die Verletzung des Vertrages über die Sterilisation die Unterhaltskosten zu²¹⁹³, wobei beide Elternteile in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen seien²¹⁹⁴. Der Anspruch umfasse den Betrag, der durchschnittlich für das Auskommen eines Kindes aufzuwenden sei²¹⁹⁵. Auch ein deliktsrechtlicher Schmerzensgeldanspruch der Mutter wegen der Belastung durch die Schwangerschaft sollte in Betracht kommen²¹⁹⁶. An dieser Rechtsprechung hielt der BGH auch später trotz erheblicher Kritik fest²¹⁹⁷.

Zu der Problematik, dass ein unerwünschtes behindertes Kind geboren wurde, weil die Unachtsamkeit des Arztes bei der Diagnose oder der Aufklärung eine zulässige Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischem Grund verhindert hatte, nahm der BGH am 18. Januar 1983²¹⁹⁸ erstmals Stellung. Hier urteilte der BGH, dass den Eltern aus dieser Pflichtverletzung des Arztes ein Anspruch auf Ersatz der durch die Behinderung bedingten Mehraufwendungen zustehe. Die Entscheidung bezog sich jedoch nicht auf den Ersatz des „normalen“ Unterhalts²¹⁹⁹. Diese Rechtsprechung wurde am 22. November 1983²²⁰⁰ dadurch erweitert, dass der BGH erstmals den gesamten Umfang des Schadensersatzanspruchs in einem solchen Fall festlegte. Ersatzfähig sollte danach der gesamte Unterhalt für das Kind sein und nicht nur der behinderungsbedingte Mehrbedarf²²⁰¹.

Zu der dritten Fallkonstellation in diesem Bereich, dem fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruch entschied der BGH am 27. November 1984²²⁰². In einem solchen Fall solle die ärztliche Pflichtverletzung ebenfalls den Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsaufwandes für das Kind begründen²²⁰³.

Nachdem damit die Grundrichtung in den wesentlichen Fallkonstellationen vorgegeben war, ging der BGH in den Folgejahren dazu über, auch in diesem Bereich die Rechtslage durch immer differenziertere Entscheidungen weiter zu gestalten²²⁰⁴. Die Grundlinien waren jedoch durch die genannten Entscheidungen vorgegeben.

In den neunziger Jahren erlangte diese Problematik neue Aktualität dadurch, dass jetzt auch erstmals das Bundesverfassungsgericht Stellung zu diesen Fragen bezog. Den Anfang bildete die Entscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsge-

²¹⁸⁹ Emmerich, JuS 1980, S.757, 757.

²¹⁹⁰ Emmerich, JuS 1980, S.757, 758.

²¹⁹¹ Laufs, NJW 1980, S.1315, 1320.

²¹⁹² BGH NJW 1980, S.1452 ff.

²¹⁹³ BGH NJW 1980, S.1452, 1452.

²¹⁹⁴ BGH NJW 1980, S.1452, 1453; vgl. Laufs, NJW 1981, S.1289, 1291.

²¹⁹⁵ BGH NJW 1980, S.1452, 1455; vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.179.

²¹⁹⁶ BGH NJW 1980, S.1452, 1456; vgl. Laufs, NJW 1985, S.1361, 1364.

²¹⁹⁷ Laufs, NJW 1985, S.1361, 1364.

²¹⁹⁸ BGH NJW 1983, S.1371 ff.

²¹⁹⁹ BGH NJW 1983, S.1371, 1371.

²²⁰⁰ BGH NJW 1984, S.658 ff.

²²⁰¹ BGH NJW 1984, S.658, 658; vgl. Laufs, NJW 1985, S.1361, 1364.

²²⁰² BGH NJW 1985, S.671 f.

²²⁰³ BGH NJW 1985, S.671, 671.

²²⁰⁴ Laufs, NJW 1986, S.1515, 1516; Laufs, NJW 1988, S.1499, 1500, 1501; Laufs, NJW 1990, S.1505, 1511; Steffen, BGH-Rechtsprechung, 4. , S.32.

richts vom 28. Mai 1993²²⁰⁵. Darin führte das Gericht aus, eine Qualifikation eines Kindes als Schadensquelle widerspreche Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz und deshalb dürfe auch die Unterhaltspflicht nicht als Schaden eingeordnet werden. Vor diesem Hintergrund müsse die Rechtsprechung des BGH überprüft werden²²⁰⁶.

Trotz dieser Ausführungen urteilte der BGH am 16. November 1993²²⁰⁷, dass in dem Fall, in dem infolge einer fehlerhaften genetischen Beratung ein behindertes Kind gezeugt und geboren worden war, die vollen und nicht nur die behinderungsbedingten Unterhaltskosten zu ersetzen seien²²⁰⁸. Er bestätigte auch zugleich den Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Unterhaltskosten in den Fällen einer aufgrund ärztlichen Verschuldens misslungener Sterilisation oder eines verhinderten oder fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruchs sowohl in dieser Entscheidung²²⁰⁹ als auch im Urteil vom 27. Juni 1995²²¹⁰. Der BGH argumentierte auch in diesen beiden Entscheidungen, nicht das Kind, sondern die Unterhaltslast stelle den Schaden dar, so dass die Würde des Kindes nicht angetastet werde²²¹¹. Zudem stehe die Leistung des Arztes im Einklang mit der Rechtsordnung²²¹². An dieser Rechtsprechung hielt der BGH auch später fest²²¹³. Wie der BGH wies auch der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts am 12. November 1997²²¹⁴ zurück und sah durch die Schadensersatzansprüche bei fehlgeschlagener Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung die Würde des Kindes aus Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz nicht als verletzt an²²¹⁵. Durch die zivilrechtlichen Schadensersatzvorschriften solle ein gerechter Lastenausgleich gefunden und nicht grundlegende Persönlichkeitsbereiche kommerzialisiert werden²²¹⁶. Ferner sei die Übernahme der Unterhaltspflichten für ein Kind keine zwingende Voraussetzung für die personale Anerkennung des Kindes. So sei etwa nicht jedes Kind unterhaltsbedürftig (§ 1602 Absatz 2 BGB) oder Unterhaltspflicht und Elternschaft könnten auseinander fallen²²¹⁷. Auch würde bei einer Sanktionslosigkeit der ärztlichen Fehler in diesem Bereich nicht zuletzt das Risiko eines Behandlungsfehlers unbilligerweise einseitig zu Lasten der Eltern gehen²²¹⁸. Der Beschluss bezog sich allerdings nicht auf die Fälle eines fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruchs²²¹⁹.

Die Rechtsprechung des BGH zum unerwünschten Kind erfuhr also auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Änderung, und die zu Beginn der achtziger Jahre eingeschlagene Richtung wurde seitdem konsequent weiter verfolgt.

4) Zusammenfassung

Betrachtet man zusammenfassend die verschiedenen Schwerpunktbereiche der BGH-Rechtsprechung seit den siebziger Jahren, so kommt man zu dem Ergebnis,

²²⁰⁵ BVerfG NJW 1993, S.1751 ff.

²²⁰⁶ BVerfG NJW 1993, S.1751, 1764; vgl. Giesen, MedR 1997, S.17, 22.

²²⁰⁷ BGH NJW 1994, S.788 ff.

²²⁰⁸ BGH NJW 1994, S.788, 788; vgl. Giesen, MedR 1997, S.17, 22.

²²⁰⁹ BGH NJW 1994, S.788, 788; vgl. Giesen, MedR 1997, S.17, 22.

²²¹⁰ BGH NJW 1995, S.2407 ff.

²²¹¹ BGH NJW 1994, S.788, 791; BGH NJW 1995, S.2407, 2410; vgl. Giesen, MedR 1997, S.17, 22.

²²¹² BGH NJW 1994, S.788, 791; BGH NJW 1995, S.2407, 2409; vgl. Giesen, MedR 1997, S.17, 22.

²²¹³ BGH NJW 2000, S.1782; vgl. Rehborn, MDR 2002, S.1281, 1285.

²²¹⁴ BVerfG MDR 1998, S.216 ff.

²²¹⁵ BVerfG MDR 1998, S.216, 216; vgl. Rehborn, MDR 1999, S.1169, 1174.

²²¹⁶ BVerfG MDR 1998, S.216, 219.

²²¹⁷ BVerfG MDR 1998, S.216, 219.

²²¹⁸ BVerfG MDR 1998, S.216, 219; vgl. Helbron, Arzthaftungsrecht, S.71.

²²¹⁹ Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.143.

dass der BGH in diesem Zeitraum das Arzthaftungsrecht durch seine differenzierte Rechtsprechung zu den verschiedensten Fragestellungen erheblich fortentwickelt²²²⁰ und sich um einen gerechten Interessenausgleich zwischen Arzt und Patient bemüht hat²²²¹. Die Rechtsprechung erging zwar zu einer fast unübersichtlichen Zahl an Einzelfällen. Dennoch ließen sich aus der Vielzahl der Entscheidungen allgemeine generalklauselartige Grundsätze²²²² und einige Entscheidungen von besonderer Bedeutung ausmachen.

Im Bereich der Arbeitsteilung bemühte sich der BGH, Haftungslücken zu schließen, die sich durch § 831 BGB bei körperschaftlicher Organisation der Krankenhausträger ergeben konnten und auch in anderen Bereichen als dem Medizinischen bereits durch Rechtsfortbildung geschlossen worden waren. Der Haftung bei Anfängeroperationen lag der Gedanke zugrunde, dass hier die Risiken von ärztlicher Seite beeinflusst werden konnten und deshalb auch von dieser Seite getragen werden sollten. Auch in Bezug auf die Organisationspflichten wurde die Haftung der Ärzte verschärft, die nunmehr Gefahr liefen, selbst bei einer von ihnen fehlerfrei ausgeführten Behandlung wegen mangelhafter Abstimmung mit den anderen Kollegen in Anspruch genommen zu werden. Zusammen mit der ausgedehnten Haftung in Gemeinschaftspraxen war somit eine Verschärfung der Haftung bei Zusammenarbeit mehrerer zu verzeichnen. Dennoch stand die damit verbundene Besserstellung der Patienten einem gerechten Interessenausgleich nicht entgegen, weil die Risiken durch eine verstärkte Zusammenarbeit und Arbeitsteilung allein von Seiten der Ärzteschaft durch die entsprechenden organisatorischen Maßnahmen beeinflusst werden konnten.

Auch bei der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht hatte der BGH die Belange sowohl der Patienten als auch der Ärzte im Blick. Eine Entspannung der Haftungssituation zu Gunsten der Behandlungsseite trat ein, indem durch das Modell der Stufenaufklärung ein mögliches Mitverschulden der Patienten an Aufklärungspflichtverletzungen berücksichtigt werden konnte. Auch verlor die Aufklärungspflichtverletzung als Klagegrund durch die Änderung der Beweisanforderungen an beide Seiten wieder etwas an Bedeutung. Dagegen wurden aber auf der anderen Seite zu Lasten der Ärzte auch die Anforderungen an die Aufklärung deutlich heraufgesetzt, etwa durch die erweiterte Zuständigkeit zur Aufklärung und durch neue Gegenstände wie wirtschaftliche Aspekte oder die mit der Behandlung verbundenen Schmerzen. Auch die inhaltliche Erweiterung der Aufklärungspflicht auf etwaige Risiken einer unter Umständen erforderlichen Nachbehandlung verschärfte die Haftung, genauso wie der anfangs relativ weit gefasste Zurechnungszusammenhang bei Aufklärungspflichtverletzungen. Eine geringfügige Erleichterung zu Gunsten der Ärzte brachte dagegen die Klarstellung des BGH, dass der Arzt nicht in jedem Fall bei einer unterlassenen Grundaufklärung für alle in diesem Fall eingetretenen Schäden hafte. Des Weiteren dürfte die Rechtsprechung in Bezug auf den Zeitpunkt der Aufklärung die Anforderungen an die Ärzte nur auf den ersten Blick verschärft²²²³ haben. Zwar waren jetzt Kriterien zur Bestimmung des richtigen Zeitpunkts vorgegeben, die nicht genau definiert wurden. Dem Vorwurf einer verspäteten Aufklärung kann aber durch eine Aufklärung stets bei Terminvereinbarung begegnet werden, und gegebenenfalls kann diese bei einem langen Zeitraum zwischen Terminvereinbarung und Operation vor dem Eingriff nochmals wiederholt werden. In allen übrigen Fällen muss der Arzt dem Patienten besonders deutlich machen, dass ihm nach der Aufklärung auch bei bald bevorstehendem Eingriff die Möglichkeit zur freien Entscheidung bleibt. Diesen geringen Belastungen der Ärzte stehen entscheidende Vorteile für die Patienten gegenüber, die sich bei zeitiger Aufklärung in Ruhe entscheiden und ent-

²²²⁰ Giesen, JZ 1982, S.345, 355; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S.45.

²²²¹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, S.417.

²²²² Giesen, JZ 1990, S.1053, 1064.

²²²³ Giesen, MedR 1997, S.17, 25.

sprechende Vorbereitungen treffen können. Die Gefahr einer Abblockreaktion besteht zudem nicht nur bei lange vorher, sondern auch bei kurz vor dem Eingriff erfolgter Aufklärung. Somit hat der BGH die Aufklärungspflicht zu Lasten der Ärzte zwar weiter verschärft, gleichzeitig aber auch versucht, sie nicht übermäßig zu belasten und die ärztlichen Behandlungsfehler im herkömmlichen Sinn als Klagegrund wieder in den Vordergrund treten zu lassen.

Bei der Weiterentwicklung der prozessualen Rechtslage im Arzthaftungsprozess hatte der BGH in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht in erster Linie die Verbesserung der Lage der Patienten vor Augen. Er hielt zwar an der grundsätzlichen Verteilung der Beweislast fest, nach der der Patient die Voraussetzungen für seinen Anspruch beweisen musste. Diese wurde jedoch durch immer mehr Modifikationen und Ausnahmefälle aufgeweicht. So wurden besonders die Fallgruppen der Organisationspflichtverletzung, der Dokumentationspflichtverletzung, der Befunderhebungspflichtverletzung und der Anfängeroperation entwickelt. Die Ausführungen zur Beweislast bei HIV-verseuchten Blutkonserven bewirkten ebenfalls eine Verschärfung der Haftung zu Lasten der Ärzte und Krankenhausträger. Im Übrigen wurden andere Fälle einer Umkehrung oder Modifikation der Beweislast durch zahlreiche Einzelfallentscheidungen weiterentwickelt, wie etwa die prozessuale Auswirkung eines groben Behandlungsfehlers. Der grobe Behandlungsfehler und seine Bedeutung für die Beweislast war auch zunächst der einzige Bereich, in dem man versuchte, die Beweislastmodifizierungen wieder etwas zu Gunsten der Ärzteschaft zurückzunehmen. Die Ungenauigkeit der hierfür entwickelten Kriterien führte aber dazu, dass die Änderungen so gut wie keine praktische Umsetzung erfuhren und damit die Einzelfallberücksichtigung zu Gunsten des betroffenen Arztes weitestgehend Theorie blieb. Vorteilhaft für die Ärzte hat sich aber die Entscheidung des BGH ausgewirkt, durch die die Beweiserleichterungen bei der Verletzung der Befunderhebungspflicht von verschärften Voraussetzungen abhängig gemacht und damit deren Anwendungsbereich eingegrenzt wurde. Auch wenn der Großteil der Entscheidungen somit die beweisrechtliche Lage der Patienten verbessert hat, so steht diese Tatsache einem Interessenausgleich beider Seiten deshalb nicht entgegen, weil die grundsätzliche Beweislast der Patienten bestätigt wurde, und die zahlreichen Modifikationen nur dazu dienten, die sich daraus zusammen mit den fehlenden Kenntnissen und ursprünglich auch sehr begrenzten Einblicksmöglichkeiten in die Behandlungsabläufe ergebende Unterlegenheit auszugleichen.

Im Gegensatz zu den fünfziger und sechziger Jahren, in denen vor allem die Aufklärungspflicht zu Lasten der Ärzte weiterentwickelt worden war, stellte die Rechtsprechung somit in der darauf folgenden Zeit wegweisende Grundsätze zu verschiedenen Bereichen der Arzthaftung auf und hatte die Interessen beider Seiten im Blick. Dies führte angesichts der ständig ansteigenden Zahl von Prozessen zu einer bedeutenden Fortentwicklung des durch das Richterrecht bestimmten Arzthaftungsrechts. Dabei ergingen grundlegende und richtungweisende Urteile vor allem in den siebziger und achtziger Jahren, nachdem die Zahl der Arzthaftungsverfahren sprunghaft zu steigen begonnen hatte. Seit den neunziger Jahren waren dann eher eine Vielzahl von Verfahren und nicht so viele grundlegende und wegweisende Entscheidungen zu beobachten. Die Rechtsprechung wurde vielmehr in zahlreichen Einzelfallentscheidungen immer differenzierter und entwickelte sich in den bereits vorgegebenen Richtungen fort²²²⁴.

V) Diskussionsschwerpunkte in der Literatur

Aber nicht nur die Zahl der Verfahren und die Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht entwickelten sich seit den siebziger Jahren entscheidend fort. Im Gegensatz zu den fünfziger und sechziger Jahren, in denen die literarische Diskussion in die-

²²²⁴ Laufs, NJW 1996, S.1571, 1575.

sem Bereich nicht sehr ausgeprägt war, stieg auch die Zahl an Veröffentlichungen zur Behandlungsfehlerhaftung extrem an und verschiedenste Themen wurden erörtert.

1) Reform des Arzthaftungsrechts?

Auch wenn die speziell auf die Arzthaftung ausgerichteten Gesetzgebungsvorhaben seit Beginn der siebziger Jahre alle gescheitert waren, wurde in der Literatur immer häufiger darüber diskutiert, ob man an der bestehenden Situation etwas ändern und welche Gestalt das Arzthaftungsrecht in Deutschland dann haben sollte. Die Diskussion um eine Reform des Arzthaftungsrechts begann in den siebziger Jahren und bildete vor allem bis Ende der achtziger Jahre den absoluten Schwerpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

a) Reformbedarf

Der Reformbedarf auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts wurde allerdings unterschiedlich beurteilt. Ein kleiner Teil der Literatur sah die bestehende Rechtslage als ausreichend an, um die Probleme des Arzthaftungsrechts zu bewältigen²²²⁵. Die Rechtsprechung sei ja auch auf der Grundlage des bisherigen Rechts zu gerechten Ergebnissen gekommen und den Besonderheiten des Arzthaftungsrechts könne auch weiterhin durch eine flexible und am Einzelfall ausgerichtete Rechtsprechung Rechnung getragen werden²²²⁶.

Die meisten Autoren waren jedoch der Ansicht, es müssten neue Lösungen im Bereich des Arzthaftungsrechts gefunden werden. Durch die Rechtsprechung etwa zur Darlegungs- und Beweispflicht im Arzthaftungsprozess ließe sich die in diesem Bereich bestehende Ungleichgewichtigkeit der Parteien nicht beheben. Die Patienten blieben trotz aller Versuche, der Rechtsprechung gegenzusteuern, in der schwächeren Position, die Durchsetzung ihrer Rechte sei nicht immer möglich²²²⁷. Die Rechtsprechung und die sich daraus ergebenden Folgen wie etwa die zunehmende Ausdehnung der Aufklärungspflicht würde außerdem das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient schwerwiegend stören²²²⁸. Man sah den Reformbedarf daneben vor allem auch deswegen, weil durch den stetigen Anstieg der Arzthaftungsverfahren die Versicherungsprämien für die Ärzte so stark heraufgesetzt worden waren, dass für die Ärzte die Grenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit teilweise überschritten war, oder dass die Versicherungen in besonders risikoreichen Fachgebieten teilweise gar nicht mehr bereit waren, Verträge mit den Ärzten abzuschließen²²²⁹. Deshalb wurden seit den siebziger Jahren die verschiedensten Vorschläge gemacht, wie man die Rechtslage verbessern könnte. Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Union hat die Diskussion über eine Reform des Arzthaftungsrechts auch in den neunziger Jahren erneut entfacht²²³⁰, wobei im Wesentlichen wieder die bereits vorher angedachten Modelle Gegenstand der Auseinandersetzung waren²²³¹.

Hintergrund für die Reformbestrebungen war wohl neben den angeführten Gründen vielfach vor allem auch die Tatsache, dass man sich angesichts der starken Zu-

²²²⁵ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S.I 53, 68, 69, 71, 79; Dunz, Arzt Haftungsrecht, S.65, 67.

²²²⁶ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S.I 53, 71; Dunz, Arzt Haftungsrecht, S.65, 67.

²²²⁷ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 9; Stolz, VersR 1978, S.797, 797.

²²²⁸ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 10; Radau, Ersetzung der Arzt Haftung, S.120.

²²²⁹ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzt Haftung, S.349, 350.

²²³⁰ Hänlein, ArztR 2001, S.315, Hänlein, ArztR 2001, S.315320; Laufs, NJW 1992, S.1529, 1534; Laufs, NJW 1997, S.1609, 1611.

²²³¹ Laufs, NJW 1998, S.1750, 1755.

nahme an Arzthaftungsprozessen an die Situation in den USA erinnert fühlte und einer ähnlichen Entwicklung entgegenarbeiten wollte²²³².

b) Vergleich mit der Lage in den USA

In der Tat war die Entwicklung in den USA bemerkenswert und führte zu einer nicht aufzuhaltenden Explosion der Verfahren.

aa) Situation in den USA

(1) Entwicklung

(a) Häufigkeit der Verfahren

Der starke und später sprunghafte Anstieg der Zahl der Arzthaftungsverfahren in den USA begann viel früher als in Deutschland. Bereits zwischen 1930 und 1940 und im Zeitraum von 1940 bis 1950 hatte sich die Zahl derartiger Verfahren jeweils verzehnfacht²²³³. Bis 1966 wurde gegen 17,8 % aller Ärzte in Amerika während ihrer Berufstätigkeit mindestens einmal ein Haftungsverfahren geführt. In Kalifornien waren davon sogar 25 % der Ärzte betroffen²²³⁴. 1970 stieg die Zahl derartiger Verfahren jährlich um etwa 15 %²²³⁵. Zu Beginn der siebziger Jahre musste schon jeder sechste Arzt mit einem Behandlungsfehlerverfahren rechnen²²³⁶. Diese Entwicklung hatte ihren Höhepunkt Mitte der siebziger Jahre²²³⁷. Bis zu Beginn der neunziger Jahre jedoch hielt der Anstieg der Arzthaftungsverfahren in den USA weiter an. Jeder sechste Arzt wurde mit einem Schadensersatzverfahren mit enormen Haftungssummen konfrontiert²²³⁸.

Im Jahre 1970 wurden bei der staatlichen „Medical-Malpractice-Commission“ etwa 12.000 Schadensersatzansprüche gegen Ärzte geltend gemacht, in der Hälfte der Fälle mit Erfolg²²³⁹. Von den insgesamt etwa zehn Prozent dieser Forderungen, die vor Gericht verhandelt wurden, wurden 29 % zugesprochen²²⁴⁰. Eine Erhebung der staatlichen Kommission über die Erfolgsaussichten der Arzthaftungsverfahren ergab auch 1971 ein ähnliches Bild: Die Hälfte der geltend gemachten Ansprüche wurde vor einer Klageerhebung erledigt, wobei nur in 25 % dieser Fälle eine Zahlung erfolgte. Weitere 40 % der Fälle wurden vor einer Verhandlung im Wege eines Vergleichs beendet. In den Prozessen, die in den übrigen 10 % der Fälle geführt wurden, obsiegten die Kläger in 20 % der Verfahren. Insgesamt wurden also auf der Grundlage eines Vergleichs oder Urteils in 41 % aller geltend gemachten Ansprüche Zahlungen geleistet²²⁴¹.

(b) Schadensersatzsummen

Die zugesprochenen Schadensersatzsummen beliefen sich bald auch auf Summen von über einer Million Dollar. Während 1960 die höchsten zugesprochenen Schadensersatzsummen bei 130.000 Dollar²²⁴² gelegen hatten, betrug die Höchstsumme bereits 1968 1,2 Millionen Dollar²²⁴³. Die insgesamt ausgezahlte Summe belief sich

²²³² v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10; Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2225; Giesen, Arzthaftungsrecht, S.41.

²²³³ Marschall v. Bieberstein, in: FS Klingmüller, S.249, 253.

²²³⁴ Marschall v. Bieberstein, in: FS Klingmüller, S.249, 253.

²²³⁵ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10.

²²³⁶ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10.

²²³⁷ Deutsch, Medizin und Forschung, S.25; Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

²²³⁸ Broglie, Zeitschrift für die gesamte Innere Medizin 1992, S.283, 283.

²²³⁹ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

²²⁴⁰ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

²²⁴¹ Marschall v. Bieberstein, in: FS Klingmüller, S.249, 254.

²²⁴² 1 US-Dollar entspricht heute etwa 0,78 Euro.

²²⁴³ v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10.

im Jahr 1970 auf etwa 80 Millionen Dollar. Im Schnitt betrug der Schadensersatz 2.000 Dollar, in 90% der Fälle lag er bei 20.000 Dollar oder darunter²²⁴⁴. Im Jahre 1973 wurde ein Krankenhaus zu 4 Millionen Dollar Schadensersatz verurteilt und im selben Jahr verglich sich ein Krankenhaus auf 2 Millionen Dollar²²⁴⁵. Aus dem Jahre 1978 ist sogar ein Fall bekannt, in dem die zugesprochene Summe 6,2 Millionen Dollar betrug²²⁴⁶. Bereits bis zum Jahr 1984 war die Summe der an die geschädigten Patienten ausgezahlten Beträge auf zwei Milliarden Dollar angestiegen²²⁴⁷.

(c) Folgen

Mit den wachsenden Auszahlungssummen stiegen auch die Haftpflichtprämien stark an. Während die durchschnittliche Haftpflichtprämie eines Arztes in Amerika im Jahre 1945 noch 50 Dollar betragen hatte, war sie bis 1971 auf durchschnittlich 1.200 Dollar angestiegen²²⁴⁸. Der Anstieg der Haftpflichtversicherungsprämien von Mitte der sechziger bis Mitte der siebziger Jahre betrug teilweise 800 %²²⁴⁹. Für besonders risikoreiche Fachrichtungen waren die Prämien damit auf 36.000 bis 45.000 Dollar angestiegen²²⁵⁰. Diese Entwicklung ging sogar so weit, dass Anfang 1975 eine große Versicherungsgesellschaft in New York alle Versicherungsverträge mit Ärzten und Krankenanstalten kündigte, weil ihr weitere Prämienanhebungen nicht genehmigt worden waren²²⁵¹. Zur gleichen Zeit waren von ungefähr 100 amerikanischen Versicherungsanstalten nur noch 40 bereit, das Haftpflichtrisiko von Ärzten zu versichern²²⁵². Die jährlichen Beiträge für die Haftpflichtversicherung stiegen in den neunziger Jahren weiterhin um 30 % pro Jahr²²⁵³.

Die Explosion der Haftungsprozesse zog in den USA außerdem eine Explosion der Kosten im Gesundheitswesen nach sich, da die Ärzte im Wege der sogenannten „defensive medicine“ zunehmend versuchten, ihr Haftungsrisiko durch übermäßige Vorsicht, stationärer statt ambulanter Behandlung, überlange Krankenhausaufenthalte, überflüssige Kontrolluntersuchungen, Einschalten von Konsiliarärzten und Vermeiden risikoreicher Behandlungsmethoden möglichst gering zu halten²²⁵⁴. Ein anderer Effekt war der, dass sich aus Angst vor dem ruinösen Haftungsrisiko kaum noch Ärzte in freier Praxis niederließen²²⁵⁵.

(2) Reaktionen

Als Reaktion auf diese Entwicklung versuchte man, die Flut der Schadenskosten einzudämmen. Deshalb wurde in den USA in Betracht gezogen, den Ersatz für immaterielle Schäden durch Höchstbeträge zu begrenzen, die sofortige Zahlung der gesamten Summe durch eine periodische Geldrente zu ersetzen, „punitive damages“, also Schadensersatz mit pönalem Charakter, nur noch bei nachgewiesener böser Absicht oder bei nachgewiesenem Vorsatz des Arztes zuzusprechen, die Klagemöglichkeiten durch Vorschalten eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens zu verringern, den Anwendungsbereich von Beweiserleichterungen einzuschränken, Sanktionen für missbräuchliche Klagen einzuführen und das Erfolgshonorar der

²²⁴⁴ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1658.

²²⁴⁵ Deutsch, Medizin und Forschung, S.25.

²²⁴⁶ Ehlers, Aufklärung, S.10.

²²⁴⁷ Ehlers, Aufklärung, S.10.

²²⁴⁸ Marshall v. Bieberstein, in: FS Klingmüller, S.249, 253.

²²⁴⁹ Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2225.

²²⁵⁰ Ehlers, Aufklärung, S.10.

²²⁵¹ Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2225.

²²⁵² v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf, S.10.

²²⁵³ Broglie, Z.gesamte Inn.Med. 1992, S.283, 283.

²²⁵⁴ Broglie, Z.gesamte Inn.Med. 1992, S.283, 283; Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2226.

²²⁵⁵ Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2226.

Anwälte zu begrenzen²²⁵⁶. Der Umsetzung dieser Reformideen stand aber entgegen, dass durch die Zuständigkeit der Einzelstaaten für diese Maßnahmen ein einheitliches Lösungskonzept erschwert wurde und dass der Interessenverband der American Trial Lawyer's Association heftigen Widerstand leistete²²⁵⁷.

Man schuf dennoch per Gesetz eine Obergrenze für Entschädigungsleistungen, verkürzte die Verjährungsfristen, führte eine außergerichtliche Prüfkommision als Vorschaltinstanz vor Eröffnung des Gerichtsweges ein und stellte freiwillige Gutachter- und Schlichtungsstellen zur Verfügung, die aber bindende Entscheidungen erlassen durften²²⁵⁸. Auch führte man in fünfzehn Staaten Schadenskompensationsfonds ein, die bei Überschreiten der Obergrenze für die Entschädigungsleistungen aufkommen sollten. Dadurch sollten die Versicherungskosten reduziert und Arzthaftungsrisiken wieder versicherbar werden²²⁵⁹. Allerdings wurden einige dieser Einschränkungsvorhaben als verfassungswidrig angesehen und teilweise wieder aufgehoben. So beurteilte etwa das oberste Gericht von Illinois 1976 ein Gesetz als verfassungswidrig, das vor jede Arzthaftungsklage die Überprüfung durch einen medizinisch-juristischen Nachprüfungsausschuss stellte und die Anspruchshöhe auf 500.000 Dollar beschränkte. Durch diese Bestimmungen werde gegen den verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz „trial by jury“ und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, da die Höhenbegrenzung der Ansprüche nur im Arzthaftungsrecht gelten sollte²²⁶⁰.

bb) Ursachen für die unterschiedliche Entwicklung in Deutschland und den USA

So alarmierend die Zustände in Amerika auch erschienen sein mögen, es bestand keine wirkliche Gefahr einer derartig krassen Entwicklung auch in Deutschland. Die Ursache hierfür liegt in der Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme der USA und Deutschlands. Dabei war das materielle Recht in Amerika und Deutschland relativ ähnlich. Die unterschiedliche Entwicklung ist vor allem durch die Unterschiede im Prozessrecht beider Länder zu erklären²²⁶¹.

In den USA hatten sich bald zahlreiche Anwälte auf das Führen von Arzthaftungsprozessen spezialisiert und hatten angesichts des an sie ausgezahlten Erfolgshonorars auch ein persönliches Interesse an einem möglichst hohen Schadensersatz oder Schmerzensgeld²²⁶². Zudem war die Klagebereitschaft der Betroffenen in den USA besonders hoch, da für sie nur ein minimales Prozessrisiko bestand. Das Honorar des Anwalts war vom erfolgreichen Ausgang des Prozesses abhängig²²⁶³ und bei Unterliegen musste man nicht die Kosten der gegnerischen Partei tragen²²⁶⁴.

Das Erfolgshonorar führte außerdem dazu, dass es bei den zugesprochenen Summen berücksichtigt wurde und diese entsprechend höher ausfielen, um den Schadensausgleich nach Abzug der Gebühren noch zu gewährleisten²²⁶⁵. Zu besonders hohem und den eigentlichen Schaden um ein vielfaches übersteigenden Schadensersatz führte außerdem das Rechtsinstitut der „punitive damages“. Durch diesen „Strafschadensersatz“ sollte der Schädiger von weiteren schädigenden Handlungen abgeschreckt werden²²⁶⁶.

²²⁵⁶ Katzenmeier, Arzthaftung, S.49, 50, 51.

²²⁵⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, S.51.

²²⁵⁸ Deutsch, Medizin und Forschung, S.25, 26; Giesen, Arzthaftungsrecht, S.41; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A72.

²²⁵⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.47; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A72, 73.

²²⁶⁰ Deutsch, Medizin und Forschung, S.25, 26.

²²⁶¹ Deutsch, Medizin und Forschung, S.28, 32.

²²⁶² Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2226.

²²⁶³ Deutsch, Medizin und Forschung, S.33; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A69.

²²⁶⁴ Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2226; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A69.

²²⁶⁵ Deutsch, Medizin und Forschung, S.34.

²²⁶⁶ Hirte, Berufshaftung, S.304.

Ein anderer, die Kläger begünstigender Punkt war die Entscheidungsfindung durch eine Laienjury. Die Entscheidung über die Tatsachen, die im Arzthaftungsrecht oft die ausschlaggebende Rolle spielen, traf die Jury, die Rechtsfragen über Pflichtmaßstab und zulässige Beweismittel die beteiligten Juristen²²⁶⁷. Hier konnten durch einen geschickten Anwalt häufig Emotionen für das Schicksal des Mandanten als entscheidender Faktor im Prozess geweckt werden²²⁶⁸. Zu Gunsten der Patienten wirkte sich in diesem Zusammenhang außerdem aus, dass auch beim Sachverständigenbeweis der Grundsatz des Parteienbetriebes galt. Diesbezüglich war bekannt, dass es für den klagenden Patienten wegen der Solidarität der Ärzteschaft untereinander oft schwierig war, den entsprechenden Beweis zu führen. Deshalb waren die Geschworenen bei widersprüchlichen Gutachten geneigt, diese als sich gegenseitig gleichsam aufhebend nicht zu beachten und ihrem eigenen Urteil zu folgen²²⁶⁹.

Günstig für die klagenden Patienten wirkten sich nicht zuletzt auch die Beweisregeln im amerikanischen Zivilprozessrecht aus, vor allem die auch in Arzthaftungsprozessen angewandte „doctrine of res ipsa loquitur“, die häufig zu einer Art Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes führte²²⁷⁰. Nach der „res ipsa loquitur“- Regel sollte man von äußeren Umständen auf die Kausalität und die Fahrlässigkeit schließen können. Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit waren, dass die Schädigung normalerweise die Folge der Fahrlässigkeit einer Person war, dass die den Schaden verursachende Person oder das den Schaden verursachende Instrument unter der Kontrolle des Beklagten stand, und dass ein Mitverschulden oder Handeln auf eigene Gefahr der Geschädigten ausgeschlossen werden konnte²²⁷¹.

Außerdem begünstigten die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen in Amerika die Explosion der Arzthaftungsverfahren zusätzlich. Da etwa nur zwei Drittel der Bevölkerung krankenversichert waren, versuchten die Patienten häufig, die Zahlung der ihr Leistungsvermögen übersteigenden Arztkosten mit anwaltlicher Unterstützung in der Haftungsklage zu umgehen²²⁷².

Das amerikanische Prozessrecht beinhaltete also Faktoren, die ganz deutlich die Prozessbereitschaft der Geschädigten förderten und die zugesprochenen Summen unverhältnismäßig in die Höhe schnellen ließen. Deshalb war in Deutschland mit seinem gänzlich anderen Prozessrecht eine solche explosionsartige Entwicklung nicht zu erwarten²²⁷³. Da aber auch hier der Anstieg der Verfahren sprunghaft war und man ähnliche Folgen wie in den USA, etwa eine „defensive medicine“, befürchtete, suchte man nach Lösungswegen und verfolgte dabei verschiedene Ansätze.

c) Reformansätze

Zum Teil gingen diese Reformvorschläge sehr weit und die bestehenden Schwierigkeiten sollten durch den Wechsel zu einem gänzlich anderen System gelöst werden.

aa) Gefährdungshaftung

(1) Reformvorschlag

Zum ersten wurde ein vollständiger Systemwechsel auf der Seite der Haftungsvoraussetzungen weg von der Verschuldenshaftung und hin zur Gefährdungshaftung vorgeschlagen. Anstoß hierzu hatte die Einführung der Gefährdungshaftung im Arz-

²²⁶⁷ Deutsch, Medizin und Forschung, S.32.

²²⁶⁸ Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2226; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A69.

²²⁶⁹ Deutsch, Medizin und Forschung, S.32, 33.

²²⁷⁰ Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2225, 2226; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A69.

²²⁷¹ Deutsch, Medizin und Forschung, S.33.

²²⁷² Hirte, Berufshaftung, S.307.

²²⁷³ Deutsch, Medizin und Forschung, S.34.

neimittelrecht 1976 durch die Neufassung des § 84 des Arzneimittelgesetzes gegeben. Nach dieser Vorschrift sollte der pharmazeutische Produzent auch für Arzneimittelschäden haften, die Folge des bestimmungsgemäßen Gebrauchs waren, sofern sie das ärztlich vertretbare Maß überschritten und ihre Ursache im Bereich der Entwicklung oder Herstellung des Medikaments hatten²²⁷⁴.

Grundgedanke der Gefährdungshaftung ist allgemein, dass eine angemessene Haftungsverteilung für Schäden gefunden werden muss, die aus typischen Gefahren entstehen, die bestimmten Gegenständen oder Anlagen wesenhaft sind, und die auch mit der größten Umsicht nicht vollständig beherrscht werden können²²⁷⁵. Die Verantwortlichkeit für die Realisierung solcher Gefahren wird dem Inhaber des Gegenstandes oder der Anlage auferlegt, da er das Objekt in den Verkehr gebracht hat und daraus Vorteile zieht. Auch kann er das Risiko noch am ehesten beherrschen, sich gegen mögliche Schäden versichern und die dabei entstandenen Kosten als Betriebskosten einkalkulieren²²⁷⁶.

Bei einer Übertragung dieser Grundsätze auf die Haftung des Arztes wäre Anknüpfungspunkt für eine Schadensersatzpflicht nicht mehr wie nach dem Verschuldensprinzip ein vorwerfbar sorgfaltswidriges Verhalten, sondern die Durchführung der medizinischen Maßnahme als gefährdendes Tun des Arztes²²⁷⁷. Der Arzt müsste dann für Behandlungsfehler einstehen, unabhängig davon, ob ihn an deren Eintritt ein Verschulden trifft oder nicht. Da die bestehenden Gefährdungshaftungsvorschriften abschließende Sonderregelungen waren, kam eine analoge Anwendung auf die Fälle der Arzthaftung nicht in Betracht. Man hätte also eine eigene gesetzliche Regelung schaffen müssen²²⁷⁸.

(2) Stellungnahmen

(a) Pro

Für einen Systemwechsel hin zur Gefährdungshaftung wurde angeführt, auf den modernen Behandlungsalltag könnten die Grundgedanken dieser Haftungsform durchaus Anwendung finden. Es gehe bei der Gefährdungshaftung grundsätzlich um Sachverhalte, in denen eine Tätigkeit mit besonders hohen Gefahren verbunden sei, die einen großen Schaden verursachen könnten und deren Zugehörigkeit zum persönlichen Verantwortungsbereich oft nicht nachweisbar sei. Gerade dieses Bild biete sich auch im modernen Massenbetrieb der Medizin, in dem das Behandlungsgeschehen für den Patienten völlig undurchschaubar sei²²⁷⁹. Zudem könne durch den Verzicht auf das Verschulden des Arztes als Anspruchsvoraussetzung die Beweisführung und das Verfahren weniger emotional geführt werden²²⁸⁰.

Auch gegen das Verschuldensprinzip als solches wurden Bedenken geäußert. Die Möglichkeit der flexiblen Anwendung des Tatbestandsmerkmals der „erforderlichen Sorgfalt“ im Rahmen des § 276 BGB, ausgerichtet am jeweiligen Stand der Medizin, berge die Gefahr der Rechtsunsicherheit in sich. Zudem setze die Feststellung des Verschuldens im Rahmen eines Verfahrens eine Vielzahl von Ermittlungen voraus, wie etwa in Bezug auf die ärztlichen Verhaltensweisen, die einzuhaltenden Standards oder Fragen der Kausalität. Dadurch würden die Verfahren erheblich in die Länge gezogen und verteuert. Außerdem wären damit erhebliche Beweisschwierigkeiten der Patienten verbunden²²⁸¹. Auch führe die Tatsache, dass der Patient zur

²²⁷⁴ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S.46.

²²⁷⁵ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 830.

²²⁷⁶ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 830.

²²⁷⁷ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S.46.

²²⁷⁸ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 831.

²²⁷⁹ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I88.

²²⁸⁰ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I88.

²²⁸¹ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A90.

Durchsetzung seiner Ansprüche ein Fehlverhalten des Arztes nachweisen müsse zu einer Verschlechterung des Verhältnisses zwischen beiden und zu einer Gefährdung des Vertrauens spätestens zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung²²⁸².

(b) Contra

Die Einführung einer generellen Gefährdungshaftung der Ärzte gegenüber den Patienten stieß jedoch bei der ganz überwiegenden Meinung auf Ablehnung²²⁸³. Ebenso hatte sich die Bundesregierung gegen einen Wechsel zur Gefährdungshaftung für die Fälle ärztlicher Behandlungsfehler ausgesprochen²²⁸⁴.

Gegen einen solchen Systemwechsel im Arzthaftungsrecht wurde eine Reihe von Argumenten angeführt. Vor allem spreche der hinter dieser Art der Haftung allgemein stehende Gedanke gegen die Einführung der Gefährdungshaftung. Der Sinn dieser Haftung liege darin, dass derjenige, der eine sozialadäquate, aber gefährliche Tätigkeit betreibe, den Schaden, den diese in der Umwelt hervorrufe, ausgleichen müsse. Dieser Ansatz könne aber deshalb nicht auf das Handeln des Arztes angewendet werden, da dieser, anders als die übrigen Träger einer Gefährdungshaftpflicht, nicht im eigenen Interesse, sondern aus altruistischen Motiven und mit einer „sozialförderlichen Absicht“ handle²²⁸⁵. Zudem gefährde seine Tätigkeit nicht typischerweise die Umwelt²²⁸⁶. Zudem werde das sich verwirklichende Risiko eigentlich nicht durch das Handeln des Arztes, sondern schon durch die Ursache für die behandelte Krankheit gesetzt. Der Arzt habe also keine Gefahrenquelle geschaffen, die er beherrsche, und für die er deshalb einstehen müsse²²⁸⁷. Es könne ferner keiner der Grundgedanken anderer Bereiche der Gefährdungshaftung zur Begründung dieser Haftung bei Ärzten herangezogen werden. Die Tierhalterhaftung beruhe auf alten und auf das moderne Recht nicht übertragbaren Rechtsvorstellungen. Die Wildschadenshaftung diene dem Ausgleich für das Verbot eigener wirksamer Abwehrmaßnahmen und hinter der Gefährdungshaftung zum Schutz des Wassers stehe der Gedanke der notwendigen Erhaltung eines wichtigen Gemeinschaftsgutes. All diese Ansätze könnten unmöglich auf das Arzthaftungsrecht übertragen werden²²⁸⁸. Gegen die Übertragung der Grundsätze der Gefährdungshaftung spreche auch, dass diese vor allem an die Gefährlichkeit von Gegenständen oder technischen Einrichtungen anknüpften. Wollte man eine Tätigkeit als Anlass für eine solche Haftung heranziehen, müssten neben den Ärzten auch alle anderen Berufsgruppen erfasst werden, die für Leben und Gesundheit der Bürger Verantwortung tragen wie etwa Apotheker. Ein solch weiter Anwendungsbereich würde unweigerlich zu einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung führen, was aber sowohl dem allgemeinen Rechtsempfinden als auch dem Willen des Gesetzgebers widerspräche²²⁸⁹. Die Einführung der Gefährdungshaftung für Ärzte sei außerdem deshalb abzulehnen, weil auch schicksalhafte Verläufe von der Haftung umfasst wären²²⁹⁰ und dem Arzt somit im Ergebnis eine allgemein abgelehnte Erfolgshaftung auferlegt werde²²⁹¹. Gegen die Einführung der Gefährdungshaftung wurde überdies angeführt, eine strengere Haftung des handelnden Arztes gegenüber dem von der

²²⁸² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A91.

²²⁸³ Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.50.

²²⁸⁴ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 165.

²²⁸⁵ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1659; Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.51; Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.127; Thesen zum Referat von Weißauer auf dem 52.DJT, S.148, 49; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A91.

²²⁸⁶ Weißauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, I45.

²²⁸⁷ Baumann, JZ 1983, S.167, 171; Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.51; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A91.

²²⁸⁸ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 832.

²²⁸⁹ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 832.

²²⁹⁰ Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, S.315.

²²⁹¹ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

Gefährdungshaftung nicht erfassten nicht handelnden Arzt sei nicht angemessen. Auch könnten bei der Vielzahl der verschiedenen Komponenten einer Therapie und beim Zusammenwirken mehrerer Ärzte erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen²²⁹².

Die Einführung der Gefährdungshaftung für ärztliche Behandlungsfehler brächte aber nicht nur unbillige Folgen zu Lasten der Ärzteschaft mit sich, sondern auch Nachteile zu Lasten der Patienten und der Allgemeinheit. Die Gefährdungshaftung würde vor allem insofern zu einer Belastung für die Patienten führen, als ein Ersatz immaterieller Schäden auf dieser Grundlage systemfremd und deshalb wohl auch nicht zu erwarten wäre. Zudem würde der Ersatz der materiellen Schäden, wie im Rahmen der Gefährdungshaftung üblich, wohl nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag geleistet²²⁹³. Mit Abkehr von der Verschuldenshaftung entfielen auch die mit ihr verbundene Präventionswirkung, die die Ärzte zum Vermeiden von Behandlungsfehlern anhielt²²⁹⁴. Gegen eine Gefährdungshaftung spräche auch, dass die Ärzte dann wohl immer weniger zu riskanten Behandlungen mit oft großen Heilungschancen bereit wären, da sie im Falle des Misslingens unabhängig von einem Verschulden zur Rechenschaft gezogen würden. Folge wäre also eine „defensive Medizin“, die im völligen Gegensatz zum Interesse der Patienten stünde²²⁹⁵. Ein Systemwechsel zur Gefährdungshaftung wurde auch deshalb abgelehnt, weil als Folge ein starker Anstieg der Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherer und damit auch der Haftpflichtprämien zu erwarten wäre, die indirekt doch wieder von der Allgemeinheit getragen werden müssten²²⁹⁶.

Auch könnte die Gefährdungshaftung zwar Beweisschwierigkeiten etwa im Bereich des Verschuldens beseitigen. Sie brächte aber auch gleichzeitig neue mit sich, so etwa die Schwierigkeit des Nachweises, dass der Schaden eine Folge der ärztlichen Behandlung und nicht des allgemeinen Lebensschicksals sei²²⁹⁷. Eine Untersuchung und Analyse von rund 15.000 Arzthaftpflichtfällen und die hypothetische Anwendung der Gefährdungshaftung auf diese Fälle kam Ende der siebziger Jahre in Übereinstimmung hiermit zu dem Ergebnis, dass mit der Einführung einer Gefährdungshaftung die wesentlichen Probleme des Haftungsrechts nach dem herkömmlichen Modell erhalten bleiben würden²²⁹⁸. Die Auswertung der nach bestehendem Recht abgeurteilten Fälle habe nämlich ergeben, dass in nur 1 % der Fälle Fragen des Verschuldens das ausschlaggebende Moment waren, dass die Aufklärungspflichtverletzung noch entscheidende Bedeutung in den meisten Fällen hatte, dass in 20 % der Fälle Fragen der Kausalität eine Rolle spielten, und dass in 79 % der Fälle der Nachweis des objektiven Fehlverhaltens des Arztes in Form eines Behandlungsfehlers streitentscheidend gewesen sei²²⁹⁹. Im Rahmen der Gefährdungshaftung müssten als Anspruchsvoraussetzungen der objektive Fehler des Arztes und dessen Ursächlichkeit für den Schaden nachgewiesen werden²³⁰⁰. Da auch bei der Gefährdungshaftung somit der objektive Fehler und die Kausalität nachgewiesen werden müssten, entfalle mit diesem Modell nur das Verschulden als Tatbestandsvoraussetzung, so dass dadurch eine Erleichterung gegenüber der herkömmlichen Rechtslage in nur 1% der Fälle zu erwarten sei. Zwar entfalle auch die Aufklärungspflichtverletzung als Haftungsgrund. Diese Anspruchsgrundlage würde aber

²²⁹² Weißbauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, I45; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A92.

²²⁹³ Baumann, JZ 1983, S.167, 171; Stolz, VersR 1978, S.797, 799.

²²⁹⁴ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I 84, I 85, I 93; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A89.

²²⁹⁵ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I 80.

²²⁹⁶ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311.

²²⁹⁷ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I 80; Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.51.

²²⁹⁸ Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

²²⁹⁹ Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

²³⁰⁰ Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

auch im herkömmlichen Haftungssystem sowieso an Bedeutung verlieren²³⁰¹. Insgesamt wäre also der Nutzen bei einer Umstellung des Haftungssystems auf die Gefährdungshaftung nur ein sehr begrenzter²³⁰². Die Patienten seien außerdem im Rahmen des Systems der Verschuldenshaftung ausreichend geschützt, da hier das Maß der erforderlichen Sorgfalt nach objektiven Kriterien bestimmt werde und somit ausreichender Schutz gegen individuelle Qualifikationsmängel und Leistungsdefizite gewährleistet sei²³⁰³.

Als Argumente für ein Festhalten am Verschuldensprinzip wurden überdies weitere Gesichtspunkte angeführt. Durch die Anwendung gleicher Grundsätze in allen Fällen von Personenschäden sei eine gewisse Übersichtlichkeit des Schadensersatzrechts gewährleistet und Abgrenzungsschwierigkeiten würden vermieden²³⁰⁴. Auch sei durch das flexible Tatbestandsmerkmal der „erforderlichen Sorgfalt“ in § 276 BGB die Anpassung an veränderte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse möglich²³⁰⁵. Überdies könnten auch die mit der Feststellung des Verschuldens erforderlichen verbundenen Schwierigkeiten nicht wirklich gegen das Verschuldensprinzip angeführt werden. Zum ersten träten bei anderen Modellen die Beweisschwierigkeiten und Abgrenzungsschwierigkeiten an anderen Stellen auf, so dass die Probleme nur verlagert würden²³⁰⁶. Außerdem könnten die bestehenden Schwierigkeiten etwa durch eine bessere Anleitung der Sachverständigen stark verringert werden²³⁰⁷.

(c) Zusammenfassung

In der Tat sprechen wohl die besseren Argumente gegen eine Übertragung der Grundsätze der Gefährdungshaftung auf den Bereich der ärztlichen Behandlungsfehler. Zum ersten vertragen sich die Grundgedanken der Gefährdungshaftung nicht mit dem Sachverhalt der ärztlichen Behandlung. Eine weniger emotionale Auseinandersetzung zwischen Arzt und Patient über mögliche Ersatzansprüche ist auch durch die Prüfung der Ansprüche etwa durch die Gutachter- und Schlichtungsstellen möglich. Auch die Gefahr einer defensiven Medizin mit ihren belastenden Folgen für die unnötig intensiv behandelten Patienten und den negativen Kostenfolgen für das Gesundheitswesen ist angesichts der in Amerika gemachten Erfahrungen kein zu vernachlässigendes Argument. Zudem würde nach der erwähnten Studie eine wirkliche Erleichterung bei der Durchsetzung der Ansprüche nur in einem kleinen Teil der Fälle eintreten. Besonders ausschlaggebend ist aber wohl das Argument des geringeren Schadensumfangs. Die Bedeutung gerade des Schmerzensgeldes zeigt sich daran, dass nach der Rechtslage vor der Schuldrechtsreform Ansprüche häufig nur deshalb auf das Deliktsrecht gestützt wurden, um irgend möglich auch gerade die immateriellen Schäden ersetzt verlangen zu können. Die Gefährdungshaftung kann deshalb mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur nicht als echte Alternative zum bisherigen System gesehen werden.

bb) Versicherungslösung nach neuseeländischem Vorbild

Ein weiterer Reformansatz, nämlich die Einführung einer neuartigen Unfallversicherung für ärztliche Behandlungsfehler, war durch das Vorbild Neuseelands angeregt worden.

²³⁰¹ Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

²³⁰² Stolz, VersR 1978, S.797, 800.

²³⁰³ Thesen zum Referat von Weißbauer auf dem 52.DJT, S.I 48, I 49.

²³⁰⁴ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A89.

²³⁰⁵ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A90.

²³⁰⁶ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I 82.

²³⁰⁷ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I 83.

(1) Neuseeländisches System

In Neuseeland war auf Empfehlung einer staatlich berufenen Reformkommission mit Wirkung vom 1. April 1974 eine sogenannte „Volksunfallversicherung“ geschaffen worden²³⁰⁸. Ziele dieser öffentlich- rechtlichen Versicherung waren primär Unfallverhütung und Rehabilitation vor Entschädigung²³⁰⁹.

(a) Leistungsvoraussetzungen

Diese Versicherung sollte allgemein alle Unfälle unabhängig von ihrer Ursache umfassen²³¹⁰. Anfängliche Unklarheiten über den Anwendungsbereich wurden durch eine Novellierung im November 1974 beseitigt, so dass dann auch die Haftung des Arztes für Behandlungsfehler eindeutig abgedeckt war²³¹¹.

Eine genau deutsche Übersetzung des im neuseeländischen Gesetz maßgeblichen Begriffs „misadventure“ ist schwierig und liegt wohl zwischen „Unglücksfall“ und „Missgeschick“²³¹². Die von der Versicherungskommission gegebene Definition des Behandlungsunfalls war ebenfalls wenig aussagekräftig: „Medical Misadventure is when a) a person suffers bodily or mental injury or damage in the course of, and as part of, the administration to that person or medical aid, care or attention, and b) such injury or damage is caused by mischance or accident, unexpected and undesigned, in the nature of medical error or medical mishap“²³¹³. Ein Behandlungsunfall lag nach dieser Definition also vor, wenn es sich um ein plötzliches und unvorhergesehenes Ereignis handelte, das von außen gekommen war und Spuren in der Person des Verletzten hinterlassen hatte²³¹⁴. Nur eine Verschlechterung des Zustandes als Folge eines positiven Tuns des Arztes wurde als Unfall anerkannt, nicht jedoch Fälle des Unterlassens wie das Ablehnen einer Behandlung, das Unterlassen einer Maßnahme, eine Fehldiagnose oder auch das Nichtfortsetzen einer einmal angefangenen Behandlung²³¹⁵. Auch Nebenwirkungen einer Behandlung konnten unter den Unfallbegriff fallen. Man differenzierte dabei zwischen möglichen Nebenwirkungen, die keinen Versicherungsfall darstellten, und höchst seltenen Nebenwirkungen, die als Unfall gerechnet wurden²³¹⁶. Solche sollten dann vorliegen, wenn die Auswirkungen einer Behandlung als so entfernt erschienen, dass sich die Aufklärungspflicht nicht darauf erstreckte²³¹⁷. Von der Versicherung umfasst sein sollten auch die Folgen eines Versagens von medizinischen Geräten²³¹⁸.

Nicht durch den Versicherungsschutz abgedeckt waren unerwartete Folgen der medizinischen Behandlung, der übliche schlechte Verlauf einer Krankheit²³¹⁹ und Herz- und Kreislaufbeschwerden²³²⁰. Als Abgrenzungsmerkmal zu den ausschließlich durch die Krankheit verursachten Schäden diente die Wahrscheinlichkeit der Verletzung, die tatsächlich eingetreten war. Auch wurde eine kasuistische Liste der ersatzfähigen Fälle vorbereitet²³²¹.

²³⁰⁸ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³⁰⁹ Deutsch, VersR 1980, S.201, 201; v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³¹⁰ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³¹¹ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 253.

²³¹² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A79.

²³¹³ Deutsch, VersR 1980, S.201, 203.

²³¹⁴ Deutsch, VersR 1980, S.201, 203.

²³¹⁵ Bodenbug, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 171; Deutsch, VersR 1980, S.201, 203.

²³¹⁶ Deutsch, VersR 1980, S.201, 203.

²³¹⁷ Deutsch, VersR 1980, S.201, 203.

²³¹⁸ Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 499.

²³¹⁹ Deutsch, VersR 1980, S.201, 204.

²³²⁰ Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 492.

²³²¹ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A79.

Konnte ein Unfall nach diesen Kriterien bejaht werden, so musste dieser unmittelbar einen Schaden verursacht haben, wobei für die Bejahung der Kausalität eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend sein sollte²³²². Auch die Unmittelbarkeit zwischen Verletzung und Schaden wurde weit verstanden, so dass auch eine Personenverschiedenheit zwischen Verletztem und Geschädigtem einer Unmittelbarkeit nicht entgegen stand²³²³.

Dadurch, dass man alle durch einen Unfall verursachten Personenschäden zu den durch die Versicherung abgedeckten Risiken zählte, wurde die Verschuldenshaftung zum Teil durch eine objektive Einstandspflicht ersetzt²³²⁴. Die Erfordernisse des Verschuldens und der Zurechnung waren somit durch die Ursächlichkeit im Sinne der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ersetzt worden²³²⁵. Da der Versicherungsschutz aber nur Behandlungsunfälle erfasste, wurden die übrigen Behandlungsfehler allerdings weiterhin nach den Grundsätzen der Verschuldenshaftung beurteilt. In diesem Fall mussten die Geschädigten weiterhin den Arzt oder das Krankenhaus in Anspruch nehmen und gegebenenfalls vor den ordentlichen Gerichten verklagen, während diese Möglichkeit des Rechtsschutzes bei einem Behandlungsunfall ausgeschlossen war²³²⁶.

Die Entschädigungsansprüche im Falle einer medizinischen Verletzung mussten innerhalb von 12 Monaten nach dem betreffenden Unfall geltend gemacht werden²³²⁷.

(b) Ersatzumfang

Die in einem solchen Fall gewährten Leistungen umfassten alle unfallbezogenen Aufwendungen. Heilkosten wurden jedoch nur insoweit erstattet, als sie nicht schon von der allgemeinen Krankheitsversicherung übernommen wurden²³²⁸. Darüber hinaus umfasste der Ersatzanspruch 80 % des Verdienstaufalls bis zu einer bestimmten Verdiensthöchstgrenze, die 1976 wöchentlich 300 Neuseeländische Dollar²³²⁹ und insgesamt 18.720 Dollar²³³⁰ und 1980 als Gesamtsumme 19.864 Dollar betrug²³³¹. Im Todesfall hatten die hinterbliebenen Unterhaltsberechtigten Anspruch auf die Versicherungsleistungen und den Ersatz der Beerdigungskosten²³³².

Ein Schmerzensgeld wurde nur bis zu bestimmten Höchstgrenzen von insgesamt 17.000 Dollar und nur in besonders schweren Fällen gezahlt²³³³. Mit dem Schmerzensgeld sollten zwei Fallgruppen abgedeckt werden: einerseits der dauernde Verlust oder die dauernde Einschränkung körperlicher Funktionen und andererseits der Verlust an Lebensfreude bei Schmerzen und seelischen Leiden. In der ersten Fallgruppe lag der maximal ausgezahlte Betrag bei 7.000 Dollar, in der zweiten Fall-

²³²² Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 171.

²³²³ Deutsch, VersR 1980, S.201, 203.

²³²⁴ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 171.

²³²⁵ Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 496; Deutsch, VersR 1980, S.201, 202.

²³²⁶ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 171; Deutsch, VersR 1980, S.201, 201; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A79.

²³²⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.45.

²³²⁸ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A78.

²³²⁹ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252; 1 Neuseeländischer Dollar entspricht heute etwa 0,48 Euro.

²³³⁰ Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 503.

²³³¹ Deutsch, VersR 1980, S.201, 204.

²³³² v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³³³ Deutsch, VersR 1980, S.201, 204.

gruppe bei 10.000 Dollar²³³⁴. Man dachte jedoch darüber nach, das Schmerzensgeld als dem System der Verschuldenshaftung angehörig abzuschaffen²³³⁵.

(c) Organisation und Finanzierung

Organisatorisch wurde die Versicherung öffentlich- rechtlich ausgestaltet, weil die Verwaltungskosten einer privaten Versicherung etwa das Doppelte betragen hätten. Es wurde zu diesem Zweck eine neue staatliche Organisation, die „Accident Compensation Commission“, ins Leben gerufen, die auch ermächtigt war, Privatversicherer oder sonstige Gesellschaften als Agenten zur Beitragserhebung oder Schadensregulierung zu beteiligen. Zur Schadensregulierung wurde aber ebenfalls aus Kostengründen das State Insurance Office und zur Beitragserhebung wurden die Finanzämter und die Post herangezogen²³³⁶.

Die Accident Compensation Commission entschied über die geltend gemachten Ansprüche. War der Betroffene mit deren Entscheidung nicht zufrieden, konnte er seinen Fall innerhalb eines Monats der Kommission zur nochmaligen Begutachtung vorlegen und danach Berufung bei der Unfall-Entschädigungs-Behörde (Accident Compensation Authority), bestehend aus einem Einzelrichter und einem Beisitzer mit Fachkenntnissen, einlegen. Danach blieb noch die Berufung zum Supreme Court und von dort bei Rechtsfragen oder Fragen von allgemeiner Bedeutung die Berufung zum Court of Appeal²³³⁷.

Zur Finanzierung der Versicherungsleistungen wurde mehrere verschiedene Deckungsfonds gebildet, die in bestimmte Gefahrenbereiche aufgeteilt und von den jeweiligen Wagnisträgern finanziert wurden²³³⁸. Ein Regress des Versicherungsträgers beim Schädiger war auch nicht im Falle eines schweren Verschuldens vorgesehen²³³⁹.

(d) Erfahrungen

Die ersten Erfahrungen mit dem neuen System waren gut²³⁴⁰. Trotz maßvoller Beiträge waren die gezahlten Prämien ausreichend, um alle Schadensfälle zu decken. Für Verwaltungskosten mussten nur 5,95 % der gesamten Einnahmen aufgewendet werden. Die im ersten Jahr angemeldeten 105.018 Ansprüche wurden zügig bearbeitet und die Betroffenen waren so zufrieden, dass nur in 446 Fällen die Überprüfung der Entscheidung durch die Accident Compensation Commission herbeigeführt und nur in zwei Fällen die Accident Compensation Appeal Authority angerufen wurde²³⁴¹. Im Zeitraum 1978/ 79 wurden etwa 130.000 Anträge gestellt und davon wurde in 4.506 Fällen Antrag auf nochmalige Überprüfung durch die Kommission gestellt und in 207 Fällen Berufung bei der Appeal Authority eingelegt²³⁴². Im selben Zeitraum wurden rund 17 Millionen Dollar Schmerzensgeld ausgezahlt²³⁴³.

(2) Stellungnahmen

Die Ansichten über die Vor- und Nachteile der neuseeländischen Versicherung und deren Übertragung auf Deutschland waren sehr unterschiedlich.

²³³⁴ Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 503.

²³³⁵ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 172; Deutsch, VersR 1980, S.201, 204.

²³³⁶ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³³⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.46.

²³³⁸ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A78.

²³³⁹ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 253; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A78.

²³⁴⁰ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³⁴¹ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 252.

²³⁴² Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 505.

²³⁴³ Deutsch, RabelsZ 1980, S.487, 504.

(a) *Pro*

Als Argument für die Einführung einer derartigen Versicherung wurde angeführt, dass damit die Schadensabwicklung erheblich vereinfacht würde und die kostenintensiven Rückgriffe der Sozialversicherer auf den Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung überflüssig würden²³⁴⁴. Außerdem könnten durch die Leistung pauschalierter Schadensersatzsummen zum einen die enormen Kosten bei streitiger Abwicklung und zum anderen diejenigen für die Haftpflichtversicherungen der Ärzte vermieden werden²³⁴⁵. Auch die Tendenz hin zu einer defensiven Medizin könnte gestoppt werden, wenn im Rahmen der Abwicklung über eine Versicherung weder das Vorliegen eines Fehlers noch das Verschulden eine Rolle spielen würden²³⁴⁶. Des Weiteren würde die Aufklärungspflicht in Bezug auf die Arzthaftung an Bedeutung verlieren²³⁴⁷. Insgesamt würde durch all diese Aspekte das Verhältnis zwischen Arzt und Patient deutlich entspannt²³⁴⁸. Die Präventionswirkung der Arzthaftung könnte durch eine Regressmöglichkeit bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit und durch straf- und disziplinarrechtliche Sanktionen erhalten werden²³⁴⁹.

(b) *Contra*

Die Einwände, die gegen die Versicherungslösung in Neuseeland und damit auch gegen die Übertragung dieses Modells auf die Arzthaftung in Deutschland vorgebracht wurden, waren zahlreich.

Obwohl die neue Versicherung in Neuseeland den Kunstfehler mit dem Unfall gleichstelle, sei damit nicht die Schwierigkeit beseitigt, in tatsächlicher Hinsicht festzustellen, ob eine Behandlung einen ärztlichen Behandlungsfehler darstelle oder ob der Schaden auf einem Umstand beruhe, der von der Versicherung nicht erfasst werde²³⁵⁰. Zudem würden die Beweisprobleme, die im System der Verschuldenshaftung im Bereich des Verschuldens aufträten, bei einer Versicherungslösung nach neuseeländischem Vorbild nur in den Bereich der Kausalität verlagert²³⁵¹. Zu diesem Ergebnis, dass sich auch mit diesem Modell keine nennenswerten Verbesserungen der Durchsetzbarkeit der Ansprüche erreichen lassen könnten, führte auch hier wieder der Vergleich der Auswirkungen der herkömmlichen Haftungsvoraussetzungen mit denen des Modells einer Unfallversicherung. Auch im Rahmen der Unfallversicherung müssten als Anspruchsvoraussetzungen letztlich ein objektiver Fehler des Arztes und der Kausalzusammenhang zwischen Fehler und Schaden nachgewiesen werden. Somit trete eine Beweiserleichterung gegenüber der herkömmlichen Rechtslage nur in dem 1 % der Fälle ein, in denen der Beweis des Verschuldens entscheidungserheblich sei. Der Wegfall der Anspruchsmöglichkeit der Aufklärungspflichtverletzung sei deshalb nur von untergeordneter Bedeutung, da ein Bedeutungsrückgang dieser Pflichtverletzung ohnehin zu erwarten sei²³⁵². Eine Verbesserung in Bezug auf die Durchsetzbarkeit der Ansprüche bestünde also nur für 1 % der geschädigten Patienten.

Als weiteres Argument gegen die Einführung einer Unfallversicherung für die Fälle ärztlicher Behandlungsfehler wurde vorgebracht, das neuseeländische Modell führe zu unlogischen Differenzierungen bei der Bestimmung der ersatzberechtigten Per-

²³⁴⁴ v.Hippel, ZRP 1976, S.252, 254.

²³⁴⁵ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

²³⁴⁶ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9; Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343.

²³⁴⁷ Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343.

²³⁴⁸ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 59; Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343.

²³⁴⁹ Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343.

²³⁵⁰ Deutsch, VersR 1980, S.201,205; Glücksmann, ZRP 1977, S.128, 128.

²³⁵¹ Deutsch, VersR 1982, S.305, 307.

²³⁵² Stolz, VersR 1978, S.797, 799.

sonen und damit zu unbefriedigenden Ergebnissen. Da nur ein positives Handeln des Arztes, nicht aber ein Unterlassen einen Unfall im Sinne der Versicherung darstellen könne, seien etwa das Nichtbehandeln einer Krankheit, verspätetes Eingreifen, Fehldiagnosen oder auch das Unterlassen der Aufklärung nicht vom Versicherungsschutz umfasst²³⁵³. Eine solche Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen sei aber zum ersten beim ärztlichen Handeln oft nur schwer möglich. Zum zweiten seien die Fälle des Unterlassens etwa gleich häufig wie Fälle eines Handelns, so dass ein weiter Teil der Fälle von der Versicherung nicht erfasst sei. Somit könne eine solche Reform keine wirkliche Verbesserung bringen, da das alte System daneben etwa gleichberechtigt fortbestehen würde²³⁵⁴. Dieses Nebeneinander von Ansprüchen aus der Unfallversicherung und herkömmlichen Haftpflichtklagen führe nicht nur zur Verwirrung bei Ärzten und Patienten, sondern hätte auch zur Folge, dass sich die Ärzte weiterhin haftpflichtversichern müssten, um sich vor allem für die Fälle von Fehldiagnosen und Aufklärungspflichtverletzungen finanziell abzusichern²³⁵⁵.

Gegen die Einführung einer erweiterten Unfallversicherung für Fälle medizinischer Behandlungsfehler wurde des Weiteren angeführt, diese Art von Schadensfällen könne nicht zu Lasten einer Versichertengemeinschaft kompensiert werden. Die ärztliche Behandlung sei nämlich regelmäßig nur bei einer Schädigung, Schwächung oder bei einer für eine negative Entwicklung besonders anfälligen Konstitution des Körpers erforderlich und eine Verlagerung dieses Risikos auf die Allgemeinheit sei nicht sachgerecht²³⁵⁶. Grundsätzlich müsse nämlich jeder seinen Schaden selbst tragen und ein Eintreten eines anderen dafür könne nur dann in Betracht kommen, wenn er durch vorwerfbares Verhalten dafür verantwortlich gemacht werden könne oder wenn er besonders gefährliche Sachen im eigenen Interesse eingesetzt habe. Es gäbe keinen Grund, entgegen dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung von diesem Grundsatz für durch Behandlungsfehler verursachte Gesundheitsschädigungen abzuweichen, zumal durch das bestehende Sozialversicherungssystem die Existenzsicherung der Betroffenen hinreichend gewährleistet sei²³⁵⁷. Auch seien die ärztlichen Pflichtverletzungen sicherlich keine Massenerscheinung, und deshalb werde das System der Verschuldenshaftung der tatsächlichen Lage eher gerecht als das der Unfallversicherung²³⁵⁸.

Mit der Einführung einer Unfallversicherung für die Fälle der ärztlichen Pflichtverletzungen gehe des Weiteren auch die Präventionswirkung der Schadensersatzdrohungen verloren²³⁵⁹.

Ein weiterer schwerer Nachteil der Ersetzung der Arzthaftung durch eine Unfallversicherung wäre die Tatsache, dass der Geschädigte unter Umständen keinerlei Schmerzensgeldansprüche hätte²³⁶⁰.

Auch den mit der Einführung einer besonderen Versicherung verbundenen Kosten stand man skeptisch gegenüber. So wären zum einen der Aufbau und die Verwaltung eines eigenen Versicherungswesens mit erheblichen Ausgaben verbunden. Zum zweiten entstünde durch die einfachen Leistungsvoraussetzungen zusammen mit der Anonymität der Mitglieder der Versicherungsgemeinschaften eine erhöhte Missbrauchsgefahr. Diese könnte dadurch noch verstärkt werden, dass sich die von einem persönlichen Schuldvorwurf und von einer persönlichen Einstandspflicht be-

²³⁵³ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 171.

²³⁵⁴ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 172.

²³⁵⁵ Deutsch, VersR 1980, S.201, 201.

²³⁵⁶ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1667.

²³⁵⁷ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, S.59, 65.

²³⁵⁸ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S49.

²³⁵⁹ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1667.

²³⁶⁰ Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666, 1668.

freien Ärzte verpflichtet fühlen könnten, die Geschädigten bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche zu unterstützen²³⁶¹. Dadurch würden die Kosten insgesamt erheblich in die Höhe getrieben, was mit den schon bestehenden Sparzwängen im Gesundheitswesen nicht vereinbar wäre²³⁶².

Vor diesem Hintergrund wurde von der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht und einzelnen Autoren deshalb die Erfüllung verschiedener Voraussetzungen gefordert, um eine Versicherungslösung wie die neuseeländische in Deutschland zu etablieren. Die versicherten Risiken müssten deutlich abgrenzbar sein²³⁶³. Durch Rückgriff bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit und strafrechtliche und disziplinarrechtliche Sanktionen müsste das ärztliche Handeln auch weiter richterlich überprüfbar und die Präventionsfunktion des Haftungsrechts erhalten bleiben. Zudem müsse die Finanzierung dauerhaft ohne besondere Mehrbelastung der Volkswirtschaft durchführbar sein. Es dürften außerdem nicht nur materielle Schäden ausgeglichen werden. Auch müssten die geltenden berufsrechtlichen Pflichten, insbesondere die Aufklärungs- und die Dokumentationspflicht, erhalten bleiben²³⁶⁴. Nicht zuletzt sei Voraussetzung für das Einführen einer Versicherungslösung, dass die geschädigten Patienten die Bereitschaft zu einer Regulierung ohne Streit aufbrächten²³⁶⁵.

(c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit wohl auch beim Modell der neuseeländischen Unfallversicherung sagen, dass hier ebenso die Nachteile überwogen und damit eine Übertragung des Systems auf Deutschland nicht die Lösung der bestehenden Probleme sein konnte. Dies vor allem deshalb, weil hier nur eine Verlagerung der alten Beweisprobleme auf die Fragen des Vorliegens eines Behandlungsfehlers und vor allem die Kausalität stattgefunden hätte. Auch hätte das Nebeneinander von herkömmlichen Ansprüchen und den Ansprüchen aus der Unfallversicherung neben den Abgrenzungsschwierigkeiten auch die alten Probleme nicht restlos beseitigt und nicht zu einer Verbesserung des angespannten Verhältnisses von Ärzten und Patienten geführt. Einen ganz entscheidenden Nachteil hätte auch hier wieder das Fehlen von Ersatzansprüchen im Falle immaterieller Schäden dargestellt. Die Einführung einer öffentlichen Unfallversicherung nach neuseeländischem Beispiel für die Fälle ärztlicher Behandlungsfehler wurde damit zurecht abgelehnt.

cc) Versicherungslösung nach schwedischem Vorbild

Anlass zu Überlegungen, die Probleme über ein anderes Versicherungsmodell zu lösen, gab die in Schweden eingeführte sogenannte „Patientenversicherung“.

(1) Schwedisches System

In Schweden wurde zu Beginn der siebziger Jahre der Schutz der Bürger gegen ärztliche Behandlungsfehler allgemein als nicht zufriedenstellend betrachtet²³⁶⁶. Es kam jährlich mit drei oder vier²³⁶⁷ und maximal zehn²³⁶⁸ Verfahren zu extrem wenigen Arzthaftungsprozessen und Entschädigungsleistungen. Deshalb wurde am 1. Januar 1975 eine private „Patientenversicherung“ eingerichtet.

²³⁶¹ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 65.

²³⁶² Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 66.

²³⁶³ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349, 351; Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 63.

²³⁶⁴ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349, 351.

²³⁶⁵ Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9.

²³⁶⁶ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A75.

²³⁶⁷ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1659.

²³⁶⁸ Bodenbun, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 167.

(a) Leistungsvoraussetzungen

Erstattungsberechtigt sollten nach § 1 der Versicherungsbedingungen diejenigen Patienten sein, die einen Schaden in direktem Zusammenhang mit der Gesundheits- und Krankenpflege erlitten hatten, sowie die Hinterbliebenen der Geschädigten, letztere allerdings nur in Bezug auf den Ersatz materieller Schäden²³⁶⁹. Der Begriff der Gesundheits- und Krankenpflege war dabei weit zu verstehen und umfasste auch beispielsweise Zahnbehandlungen, Krankengymnastik, Geburten, Sterilisierungen, Abtreibungen, Impfungen und Blutspenden²³⁷⁰.

Die neue Versicherung sollte nach § 2 der Versicherungsbedingungen drei Fallgruppen umfassen: die Behandlungsschäden im engeren Sinne, die Diagnoseschäden und die Unfallschäden²³⁷¹. Unter Behandlungsschäden im engeren Sinne waren solche zu verstehen, die die direkte Folge von Untersuchungs-, Medikamentierungs- oder Behandlungsmaßnahmen darstellten, ohne eine natürliche oder wahrscheinliche Folge einer medizinisch indizierten Behandlung zu sein (§ 2.1)²³⁷². Nicht erfasst sein sollten die Folgen von Handlungen zur Rettung des Patienten vor der Gefahr des Todes oder schwerer andauernder Schädigungen (§ 3.1)²³⁷³.

Diagnoseschäden im Sinne der Versicherungsbedingungen lagen dann vor, wenn Schäden dadurch hervorgerufen oder nicht vermieden wurden, dass durch technische Hilfsmittel erlangte Untersuchungsergebnisse falsch waren oder dass richtig erkannte Krankheitszeichen nicht nach den allgemein gültigen und angewandten Regeln ausgewertet wurden (§2.2, 2.3). Sollte jedoch ein vollkommenes Verkennen der Symptome Ursache für die falsche Diagnose gewesen sein, so lag kein Versicherungsfall vor²³⁷⁴. Durch diagnostische Eingriffe verursachte Schädigungen wurden nicht unter die Diagnoseschäden, sondern unter die Behandlungsschäden subsumiert²³⁷⁵. Als Unfallschäden im Sinne der Bedingungen wurden solche Schäden bezeichnet, die einen räumlich-zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung, nicht aber mit der Krankheit als solcher aufwiesen (§2.5)²³⁷⁶, wie etwa Treppenstürze²³⁷⁷.

Nicht als Versicherungsschaden abgedeckt waren mit Ausnahme der Diagnoseschäden alle Folgen der Krankheit, die unabhängig von der Behandlung geblieben, entstanden oder verstärkt worden wären (§3.2), ebenso die unvermeidlichen Folgen einer bestimmungsgemäßen Anwendung von Arzneimitteln oder Hilfsmitteln (§3.3), Infektionsschäden, die aus medizinischer Sicht wahrscheinlich nicht durch Diagnose-, Medikamentierungs- oder Behandlungsmaßnahmen hervorgerufen wurden, sowie allgemeine Infektionen ohne unmittelbaren Zusammenhang mit diesen Maßnahmen (§2.4)²³⁷⁸.

Es ging im Wesentlichen also darum, das spezifische Behandlungsrisiko gegen das eigene Krankheitsrisiko des Patienten und das allgemeine Lebensrisiko abzugrenzen²³⁷⁹.

Das Verschulden des Arztes oder des übrigen medizinischen Personals war keine Haftungsvoraussetzung²³⁸⁰. Zusätzliche Voraussetzung zum Vorliegen einer der

²³⁶⁹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.152.

²³⁷⁰ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.152.

²³⁷¹ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A75.

²³⁷² Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.155.

²³⁷³ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A75.

²³⁷⁴ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A75.

²³⁷⁵ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A76.

²³⁷⁶ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.168.

²³⁷⁷ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A75.

²³⁷⁸ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A76.

²³⁷⁹ Bodenbarg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 169; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A76.

²³⁸⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.46.

aufgezählten Fälle war für das Eingreifen der Versicherung aber, dass es durch den Behandlungsfehler zu einem längeren Krankenhausaufenthalt oder einer längeren Arbeitsunfähigkeit von mindestens zwei Wochen oder schweren Folgen gekommen war (§ 4). Damit sollten die Versicherungsleistungen auf schwere Schäden begrenzt werden²³⁸¹.

Die Frist für das Geltendmachen der Ansprüche betrug nach § 8 der Versicherungsbedingungen 3 Jahre ab dem Zeitpunkt, zu dem sich der Schaden erstmals gezeigt hatte und längstens 10 Jahre ab Durchführung der schädigenden Maßnahme²³⁸².

(b) Ersatzumfang

Die von der Patientenversicherung erbrachten Leistungen umfassten grundsätzlich den vollen Ersatz des verursachten Vermögensschadens. Dieser wurde nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen berechnet (§5)²³⁸³. Geleistet wurden also Heilungskosten und andere Ausgaben, Einkommensverluste, verschiedene Arten von Schmerzensgeld²³⁸⁴ und im Todesfall Bestattungskosten und andere Folgekosten sowie Unterhaltsverluste²³⁸⁵. Dabei war ein grob fahrlässiges oder vorsätzliches Mitverschulden des Patienten zu berücksichtigen (§6)²³⁸⁶. Schmerzensgelder kamen für die Zeit akuter Erkrankungen oder bei dauernden Behinderungen und Erschwerissen in Betracht. Es gab zwei Arten von Schmerzensgeld: einmal einen einmaligen Betrag für körperlichen, nervlich wahrnehmbaren, akuten Schmerz oder einen einmalig oder jährlich zu zahlenden Betrag für zukünftiges Gebrechen oder anderen dauerhaften Schmerz (§5.1 und 2)²³⁸⁷.

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung waren die Leistungen wie im allgemeinen Schadensersatzrecht weitgehend standardisiert²³⁸⁸. Außerdem waren die Leistungen der Patientenversicherung nur subsidiär, da auf die Schadensersatzleistungen alle anderen Entschädigungen angerechnet wurden, wie etwa die Ersatzleistungen aus obligatorischen Versicherungen, Lohnfortzahlungen oder Renten aufgrund des Arbeitsvertrages oder aufgrund der kollektiven Arbeitspensionsversicherung oder periodische Ersatzleistungen aus Unfall- oder Krankenversicherung auf der Grundlage kollektiver Absprachen²³⁸⁹. Eine Anrechnung privater Summenversicherungen fand allerdings nicht statt²³⁹⁰.

Die Haftungsgrenze (§ 11) für den einzelnen Schadensfall lag bei 20 Millionen Schwedischen Kronen²³⁹¹, für die einzelne Person bei zwei Millionen Schwedischen Kronen und für alle Schadensfälle im ganzen Land pro Jahr bei 60 Millionen Schwedischen Kronen²³⁹². Sie wurde im Laufe der Zeit aber auf die Höchstsumme von 25 Millionen Schwedische Kronen je Schadensfall, fünf Millionen Schwedische Kronen je Person und 125 Millionen Schwedische Kronen je Kalenderjahr erhöht²³⁹³.

(c) Organisation und Finanzierung

Durch diese Versicherung erhielt der Patient im Falle eines Behandlungsfehlers statt eines Anspruchs gegen den Arzt einen solchen gegen den Versicherer. Versi-

²³⁸¹ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A77.

²³⁸² Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.183.

²³⁸³ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.173.

²³⁸⁴ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.174.

²³⁸⁵ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.175.

²³⁸⁶ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.181.

²³⁸⁷ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.177, 178.

²³⁸⁸ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.178.

²³⁸⁹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.176.

²³⁹⁰ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A77.

²³⁹¹ 1 Schwedische Krone entspricht heute etwa 0,10 Euro.

²³⁹² Giesen, Arzthaftungsrecht, S.47.

²³⁹³ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.182.

chertes Risiko war dabei nicht die Haftung des Arztes sondern das Behandlungsrisiko des Patienten²³⁹⁴. Es handelte sich um einen aus Steuermitteln finanzierten privaten Versicherungsschutz zu Gunsten der Patienten²³⁹⁵. Dieser Versicherung lagen freiwillige Verträge zwischen einem Zusammenschluss privater Versicherungsgesellschaften und den Trägern des Heilwesens in Schweden, also vor allem der regionalen Gebietskörperschaften, aber auch von Ärzten mit eigener Praxis zu Gunsten der Patienten zugrunde²³⁹⁶. Die Vertragspartner mussten auch die Prämien zahlen²³⁹⁷. Die Versicherungsabrede wurde von den Parteien jährlich erneuert, um eine Anpassung an die äußeren Bedingungen zu ermöglichen²³⁹⁸. Der Abschluss erfolgte erst mit den staatlichen Trägern des Gesundheitswesens, die den Großteil im Gesundheitswesen ausmachten. Bis 1977 hatten sich aber auch alle privat praktizierenden Ärzte der Vereinbarung angeschlossen²³⁹⁹.

Sollte ein Fall strittig gewesen sein, so wurde er an einen speziellen Ausschuss, bestehend aus einem Vorsitzenden, einem von der Regierung benannten Mitglied, zwei von den zuständigen Gebietskörperschaften und zwei von den Versicherungsgesellschaften ernannten Mitgliedern, weitergeleitet, der gegebenenfalls Hilfe von medizinischen Fachleuten erhielt²⁴⁰⁰. Gegen dessen Stellungnahme konnte ein Schiedsgericht angerufen werden²⁴⁰¹.

Hintergrund dieses Versicherungssystems bildete das schwedische Rechts- und Sozialsystem, das sich durch einige Besonderheiten auszeichnete, wie etwa ein stark ausgebautes System sozialer Sicherheit, das neben gesetzlichen Grundlagen auch durch kollektive Vertragswerke begründet war²⁴⁰². Auch wurde der Ausgleich von Personenschäden von der Allgemeinheit eher in einem ökonomischen Zusammenhang gesehen und nicht so sehr auf die persönliche Zuordnung eines Schadens geachtet²⁴⁰³.

(d) Erfahrungen

Im ersten Jahr nach Einführung des neuen Modells wurden 808 Ansprüche erhoben, von denen nur 571 erfolgreich waren. Der mangelnde Erfolg war in etwa 50 % der Fälle damit zu erklären, dass die Verletzungen aus einer Zeit stammten, in der der Versicherungsschutz noch nicht bestand²⁴⁰⁴. In den ersten drei Jahren nach der Einführung der Versicherung wurden jährlich in etwa 1.200 Fällen Entschädigungen gezahlt²⁴⁰⁵. Im Zeitraum vom 1. Januar 1975 bis zum 1. Januar 1979 wurden von der Versicherung insgesamt 3.215 Behandlungsschäden reguliert²⁴⁰⁶. Im Zeitraum von 1975 bis 1986 wurden insgesamt 37.759 Schäden geltend gemacht, davon wurden bis 1986 17.111 als erstattungsfähig anerkannt und in 17.693 Fällen die Erstattung abgelehnt²⁴⁰⁷.

Der Aufwand für die Auszahlungen betrug im ersten Jahr ohne Verwaltungskosten etwa 3,5 Millionen Euro²⁴⁰⁸. Die im Einzelnen ausgezahlten Beträge lagen bei Tod

²³⁹⁴ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311.

²³⁹⁵ Deutsch, VersR 1980, S.201, 201.

²³⁹⁶ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A74.

²³⁹⁷ Bodenbug, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 168.

²³⁹⁸ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.142.

²³⁹⁹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.141, 143, 144.

²⁴⁰⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.46, 47.

²⁴⁰¹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.185.

²⁴⁰² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A74.

²⁴⁰³ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A75.

²⁴⁰⁴ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1659.

²⁴⁰⁵ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A77.

²⁴⁰⁶ Bodenbug, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 168.

²⁴⁰⁷ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.194.

²⁴⁰⁸ 1 Euro entspricht heute etwa 9,20 Schwedischen Kronen.

oder dauernder Arbeitsunfähigkeit von unter 30 % bei etwa 5.000 Euro, bei ständiger Arbeitsunfähigkeit von mehr als 30 % bei fast 50.000 Euro²⁴⁰⁹. Zwischen dem 1. Januar 1975 und dem 1. Januar 1979 betrug die jährliche Entschädigungssumme durchschnittlich 20 bis 25 Millionen Schwedische Kronen²⁴¹⁰. Im Jahre 1986 belief sich die Gesamtsumme der Auszahlungen auf rund 43, 8 Millionen Schwedische Kronen²⁴¹¹. Die veranschlagten Gesamtkosten im Zeitraum von 1975 bis 1986 betrugen rund 455 Millionen Schwedische Kronen und bis 1986 waren rund 223 Millionen Schwedische Kronen ausbezahlt worden²⁴¹².

Der Anteil der Verwaltungskosten an den Prämien sollte etwa 15 % betragen und die Höhe der Prämien für die staatlichen Träger des Gesundheitswesens wurde nach der Bevölkerungszahl der Gebietskörperschaft berechnet. 1978 lag die zu zahlende Prämie bei etwa zwei Kronen pro Kopf und Jahr²⁴¹³. Im Jahre 1983 betrug die von den öffentlichen Trägern des Gesundheitswesens zu zahlende Prämie pro Einwohner drei Schwedische Kronen, 1987 zwölf Schwedische Kronen²⁴¹⁴. Für private Ärzten und Krankengymnasten betrug die jährliche Prämie im Jahr 1983 150 Schwedische Kronen und für Zahnärzte 1000 Schwedische Kronen, im Jahre 1987 für Ärzte 350 Schwedische Kronen, für Krankengymnasten 220 Schwedische Kronen und für Zahnärzte 650 Schwedische Kronen²⁴¹⁵.

Die Erfahrungen mit der Patientenversicherung wurden nach den ersten drei Jahren allgemein als positiv bezeichnet²⁴¹⁶. Die Einstellung der Ärzte zu den Ersatzansprüchen der Patienten wandelte sich so drastisch, dass die Ärzte die Patienten sogar teilweise bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche unterstützten²⁴¹⁷. Nach Einführung der Patientenversicherung wurden auch keine Ansprüche wegen Behandlungsfehlern mehr gerichtlich geltend gemacht²⁴¹⁸. Da der Erstattungsumfang bei Patientenversicherung und allgemeinem Schadensersatz in etwa gleich war und die Erstattungsvoraussetzungen bei der Patientenversicherung erheblich leichter zu erfüllen waren, wurde normalerweise Ersatz aus der Versicherung begehrt, so dass das allgemeine Haftungsrecht faktisch verdrängt wurde²⁴¹⁹. Dadurch wurden die Gerichte entlastet und dem Gemeinwesen hohe Kosten erspart²⁴²⁰. In den ersten 23 Monaten nach Einführung der Versicherung waren auch nur 50 Fälle so streitig, dass sie an den für diese Fälle vorgesehenen Ausschuss weitergeleitet wurden²⁴²¹. Als vorteilhaft erwies sich auch die jährlich neue Vereinbarung, wodurch die Versicherung mehrfach den tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden konnte²⁴²². Außerdem erfolgte die Abwicklung der Schadensprozesse innerhalb von vier bis sechs Monaten, was verglichen mit der Dauer der Gerichtsverfahren schnell war²⁴²³. Auch die Kosten der Versicherung erwiesen sich angesichts der oben angeführten Prämienhöhen nicht als abschreckend²⁴²⁴. Zudem konnten die Verwaltungskosten durch die tabellarischen Erstattungsansprüche, die genauen Erstattungsbestimmungen, die Ausnahme von Bagatellfällen und die Konzentration der gesamten Be-

²⁴⁰⁹ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1659.

²⁴¹⁰ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 168.

²⁴¹¹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.193.

²⁴¹² Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.194.

²⁴¹³ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A77.

²⁴¹⁴ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.208.

²⁴¹⁵ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.191.

²⁴¹⁶ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.205.

²⁴¹⁷ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.207; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A78.

²⁴¹⁸ Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 168.

²⁴¹⁹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.199.

²⁴²⁰ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.208.

²⁴²¹ Giesen, Arzthaftungsrecht, S.47.

²⁴²² Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.206.

²⁴²³ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.206.

²⁴²⁴ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.208.

arbeitung bei einer Stelle auf 15 % der Gesamtschadenskosten gesenkt werden, während dieser Anteil bei den herkömmlichen Haftpflichtversicherungen etwa 35 % betrug²⁴²⁵.

(2) Übertragbarkeit auf Deutschland

Dem Vorbild Schwedens waren im Jahre 1986 Finnland und im Jahre 1988 Norwegen gefolgt, indem sie nationale Versicherungssysteme für den Medizinbereich eingeführt hatten²⁴²⁶. Vor diesem Hintergrund und angesichts der guten Erfahrungen in Schweden wurden in der Literatur ganz konkrete Vorschläge zu einer Umsetzung des Modells auch in Deutschland gemacht.

(a) Erfasster Versicherungsfall

Das versicherte Risiko sollte nach einer Ansicht die misslungene Heilmaßnahme darstellen, wobei in den Versicherungsbedingungen eine Generalklausel und keine kasuistische Aufzählung aufgenommen werden sollte. Grundlage für die Leistungserbringung sollte vielmehr ein abstrakter Tatbestand nach dem Vorbild der Schwedischen Versicherungsbedingungen sein²⁴²⁷. Eine Heilmaßnahme sollte im Regelfall dann als misslungen im Sinne der Vorschriften gelten, wenn sie den Tod oder eine Gesundheitsschädigung des Patienten verursacht hatte. Da der Arzt nicht den Erfolg einer Heilmaßnahme schulde, sollten erfolglose Heilmaßnahmen nur dann von der Versicherung erfasst sein, wenn durch sie eine Unheilbarkeit des behandelten Leidens verursacht worden wäre²⁴²⁸. Damit weitgehend übereinstimmend sollten nach einer anderen Ansicht zum versicherten Risiko all die physischen Körperschäden gehören, die direkte Folgen von Behandlungen, Untersuchungen oder sonstigen misslungenen Heilbehandlungen waren²⁴²⁹. Unter Behandlungen sollten dabei die üblichen Heilbehandlungen und Untersuchungen, Zahnbehandlungen, Vorsorgeuntersuchungen, Impfungen, Blutspenden, therapeutische Behandlungen und Rehabilitationsmaßnahmen zu verstehen sein²⁴³⁰.

Versicherungsansprüche sollten nach einem anderen Modell nur bei der Tötung oder einer schweren Gesundheitsschädigung des Patienten durch die Heilmaßnahme in Betracht kommen. Für die Kausalität zwischen der Heilbehandlung und der Schädigung sollte die Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhangs ausreichend sein²⁴³¹.

Zum Teil wurde auch eine Formulierung der Anspruchsvoraussetzungen als eine Kombination eines abstrakten Tatbestandes mit einer Liste genau umschriebener Einzelfälle vorgeschlagen²⁴³².

(b) Ausgeschlossene Fälle

Solche Schäden, die Folge unvorhersehbarer, unvermeidbarer Umstände oder die natürliche und zwangsläufige Folge der Behandlung waren, sollten nach allen Ansichten nicht unter die Ersatzpflicht fallen²⁴³³.

Nach einer Ansicht sollten darüber hinaus noch weitere Ausnahmetatbestände in Betracht kommen, die kasuistisch in den Versicherungsbedingungen geregelt wer-

²⁴²⁵ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.206, 207.

²⁴²⁶ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 60.

²⁴²⁷ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311; Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.249.

²⁴²⁸ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311.

²⁴²⁹ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 695.

²⁴³⁰ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 695.

²⁴³¹ Baumann, JZ 1983, S.167, 172.

²⁴³² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A101.

²⁴³³ Baumann, JZ 1983, S.167, 172; Dinslage, VersR 1981, S.310, 311.

den sollten²⁴³⁴. Danach sollte die Haftung etwa nicht eingreifen, wenn die Körperschäden auch ohne die Heilmaßnahme eingetreten wären oder fortbestanden hätten, oder wenn sie deshalb eingetreten waren, weil der Patient vorsätzlich gegen die Anordnungen des Arztes verstoßen hatte²⁴³⁵.

Ein anderes Modell sah neben den eingangs erwähnten Fällen solche Behandlungsschäden als nicht von der Versicherungsleistung umfasst an, die wahrscheinliche und allgemein in Kauf zu nehmende Folgen der Behandlung waren, die aus Maßnahmen zu Lebensrettung resultierten, die aus schweren und nicht ordnungsgemäß vorgenommenen Eingriffen folgten, die aus einer misslungenen, da nicht korrekt vorgenommenen Untersuchung oder aus einer falschen oder ungenügenden Diagnose folgten oder die durch zu erwartende Infektionen verursacht wurden, ebenso Beschwerden aus Narbenbildungen oder Verwachsungen und medizinisch nicht indizierter Behandlungen²⁴³⁶. Unter Behandlungen sollten dabei die üblichen Heilbehandlungen und Untersuchungen, Zahnbehandlungen, Vorsorgeuntersuchungen, Impfungen, Blutspenden, therapeutische Behandlungen und Rehabilitationsmaßnahmen zu verstehen sein²⁴³⁷.

(c) Leistungsumfang

Der Umfang der von der Versicherung zu erbringenden Leistungen sollte nach allen Modellen begrenzt sein und gegenüber anderen Ansprüchen nur subsidiär eingreifen.

So sollten nach einer Ansicht nur langfristige Verdienst- und Unterhaltsausfälle ausgeglichen werden. Schmerzensgeld sollte nur bei schweren Gesundheitsschäden in Betracht kommen. Als Modell sollten entweder die auch bei Impfschäden in Betracht kommenden Rentenleistungen des Versorgungsgesetzes oder die Regelungen der sogenannten „Probandenversicherung“ nach § 40 des Arzneimittelgesetzes dienen²⁴³⁸.

Der Umfang der Leistungen aus der Patientenversicherung sollte auch nach einem anderen Autor nur die Nachteile umfassen, für die der Patient keinen anderweitigen Ersatz etwa durch die Sozialversicherung, private Krankenversicherung, Beihilfe oder Lohn- oder Gehaltsforderungen erhalten konnte. Im Falle eines später geltend gemachten Schadensersatzanspruchs aus Verschuldenshaftung sollten die Leistungen aus der neuen Versicherung auf diese Ansprüche angerechnet werden. Damit wäre der Umfang der tatsächlich aus der Patientenversicherung zu leistenden Zahlungen sehr gering, da vor allem nur im Rahmen der Verschuldenshaftung nicht ersetzte Spitzenbeträge oder die Ansprüche von Bürgern ohne jeglichen Versicherungsschutz ausgleichsfähig wären²⁴³⁹. Im Rahmen der Patientenversicherung sollte weiter auch in Fällen schwerer Gesundheitsschäden ein Schmerzensgeld gezahlt werden, wenn die Umstände dies billigerweise erforderten. Dieses sollte aber der Höhe nach begrenzt sein auf etwa 25.000 Euro²⁴⁴⁰.

Zum Teil wurde auch einfach gefordert, der Ersatzanspruch sollte alle durch den Schaden verursachten Behandlungs- und Pflegekosten und die Einkommensverluste umfassen, falls diese nicht schon von einem anderen Versicherungsträger ersetzt werden sollten²⁴⁴¹. Der Leistungsumfang sollte sich, um den Geschädigten nicht

²⁴³⁴ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311.

²⁴³⁵ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312.

²⁴³⁶ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 695.

²⁴³⁷ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 695.

²⁴³⁸ Baumann, JZ 1983, S.167, 173.

²⁴³⁹ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312.

²⁴⁴⁰ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312.

²⁴⁴¹ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

schlechter zu stellen als im Haftpflichtrecht, sowohl auf den vollen Schadensausgleich als auch auf den Ersatz immaterieller Schäden erstrecken²⁴⁴².

Das System der Leistungsberechnung und -auszahlung sollte ferner dadurch wirtschaftlich gemacht werden, dass nach dem schwedischen Vorbild Bagatellobeträge ausgeschlossen und die übrigen Beträge standardisiert werden sollten. Dabei sollte allerdings ein so hohes Niveau erreicht werden, dass die nicht gedeckten Schadensspitzen nicht allzu häufig zusätzlich auf haftungsrechtlichem Wege verfolgt würden²⁴⁴³.

(d) Organisation und Finanzierung

Das Versicherungsverhältnis sollte so ausgestaltet sein, dass der Arzt oder das Krankenhaus als Vertragspartner der Versicherung Versicherungsnehmer und damit Prämienschuldner sein sollten und der Patient als Versicherter eigene Ansprüche gegen die Versicherung erhalten sollte²⁴⁴⁴. Nur so könnten eine richtige Ermittlung der Prämie und ein vertretbarer Verwaltungsaufwand erreicht werden²⁴⁴⁵. Die Finanzierung sollte durch die Ärzte und Krankenhausträger erfolgen, da sie ja auch von ihrer Haftungspflicht befreit würden. Auch eine Beteiligung der Patienten wurde in Betracht gezogen²⁴⁴⁶. Ein Rückgriff der Patientenversicherung beim Schädiger sollte jedoch auch in Fällen groben Verschuldens nicht eingeführt werden, um haftpflichtrechtliche Auseinandersetzungen bei der Abwicklung der Versicherungsansprüche gänzlich auszuschließen. Dies sei entscheidender als die ohnehin fragliche Präventionsfunktion der Rückgriffsmöglichkeit²⁴⁴⁷.

Um die Effektivität der Versicherung zu gewährleisten, sollten die Träger des Gesundheitswesens zum Abschluss dieser Versicherung verpflichtet werden²⁴⁴⁸. Aufgrund des Aufbaus des Gesundheitswesens und der unterschiedlichen Mentalität in Deutschland und Schweden sei die Einführung der Patientenversicherung in Deutschland per Gesetz und nicht auf freiwilliger Grundlage empfehlenswert, um die notwendige Effizienz und vollständige Deckung zu gewährleisten. In Deutschland sei nämlich nicht wie in Schweden der Großteil des Gesundheitswesens in staatlicher Hand und der Gedanke der Solidargemeinschaft sei nicht so fest im Denken auch des einzelnen verwurzelt wie in Schweden²⁴⁴⁹.

Die Organisation der Versicherung sollte nach einer Ansicht privatrechtlich erfolgen²⁴⁵⁰. Voraussetzung hierfür sei allerdings zum einen, dass die Versicherungswirtschaft zum Abschluss derartiger Versicherungen bereit wäre, und zum anderen, dass trotz privatwirtschaftlicher Organisation eine obligatorische Gestaltung der Versicherung möglich wäre. Als Vorbild hierfür könnte die Deckungsvorsorge nach §§ 84, 94 Arzneimittelgesetz und die Probandenversicherung nach § 40 Absatz 1 Nr.8, Absatz 3 Arzneimittelgesetz dienen²⁴⁵¹. Ob die Organisation der Versicherung privatwirtschaftlich oder sozialrechtlich erfolgen solle, sei nach einer anderen Meinung in erster Linie eine strukturpolitische Frage. Bei einer sozialrechtlichen Organisation sei eine privatvertragliche, obligatorische Versicherung als Ergänzung sinnvoll²⁴⁵².

²⁴⁴² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A102.

²⁴⁴³ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.251, 252; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A103.

²⁴⁴⁴ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311; Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁴⁴⁵ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.240; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A106.

²⁴⁴⁶ Baumann, JZ 1983, S.167, 174.

²⁴⁴⁷ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A105.

²⁴⁴⁸ Baumann, JZ 1983, S.167, 173; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A106.

²⁴⁴⁹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.238, 239.

²⁴⁵⁰ Baumann, JZ 1983, S.167, 173.

²⁴⁵¹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.243.

²⁴⁵² Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A107, A108, A109.

(e) Verhältnis zum bestehenden System

Dabei sollte die Patientenversicherung möglichst so in das bestehende System eingefügt werden, dass sie nur in schweren Fällen und bei einem wirklich dringenden Bedarf eingreifen sollte. Dem Geschädigten sollten neben den Ansprüchen aus der Patientenversicherung auch die herkömmlichen Haftpflichtansprüche erhalten bleiben, um Fallgestaltungen zu verhindern, in denen der Geschädigte ohne Ausgleich bleiben würde²⁴⁵³. Deshalb sollte die Patientenversicherung mit höhenmäßiger Begrenzung subsidiär zum herkömmlichen Ausgleichssystem zur Verfügung stehen. Die Heilungskosten, für die typischerweise die soziale oder private Krankenversicherung aufkommen würde, kurzfristige Verdienstauffälle oder Spitzenbeträge beim Schmerzensgeld beispielsweise wären dann wie bisher geltend zu machen, im übrigen könnten die Ansprüche aufeinander angerechnet werden²⁴⁵⁴.

Nach einem anderen Autor sollte das Verhältnis zwischen der Versicherung und der herkömmlichen Haftung so gestaltet sein, dass die Versicherung nur in Fällen unverschuldeter Körper- und Folgeschäden eingreifen sollte. Im Falle eines verschuldeten Misserfolgs sollte die herkömmliche Arzthaftpflichtversicherung aufkommen²⁴⁵⁵.

(f) Beweislast

Der Anspruchsteller sollte beweiselastet sein für den Tod oder die schwere Gesundheitsschädigung, sowie für die Kausalität in der oben dargestellten Form. Die Wahrscheinlichkeit des Kausalzusammenhangs sollte sich dabei nach einer ähnlichen Regelung wie in § 52 Absatz 2 Satz 1 des Bundesseuchengesetzes²⁴⁵⁶ richten. Es läge dann am Versicherer, nachzuweisen, dass der Schaden durch unvorhersehbare und unvermeidbare Ursachen hervorgerufen wurde²⁴⁵⁷ oder dass einer der Ausnahmetatbestände vorlag²⁴⁵⁸. Bei Zweifeln über das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes sollte die Zahlungspflicht angenommen werden²⁴⁵⁹.

(g) Zusammenfassung

Die verschiedenen Ansätze zu einer Übertragung des schwedischen Modells auf Deutschland unterschieden sich somit weder untereinander stark voneinander, noch wichen sie erheblich vom schwedischen Vorbild ab.

Es gab einige Befürworter dieser Versicherungslösung, aber auch einige Autoren, die diesem Modell ablehnend gegenüber standen.

(3) Stellungnahmen

(a) Pro

Als generell positiv am System der schwedischen Patientenversicherung sah man folgende Aspekte.

Da nach dem bestehenden Versicherungssystem nur das Krankheitsrisiko, nicht aber das Behandlungsrisiko versicherbar sei, könnte diese Lücke durch eine Patientenversicherung geschlossen werden²⁴⁶⁰. Damit würden Schäden ersatzfähig, die bislang unberücksichtigt blieben, nämlich Diagnoseschäden, Infektionsschäden und

²⁴⁵³ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311; Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.255; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A105.

²⁴⁵⁴ Baumann, JZ 1983, S.167, 174.

²⁴⁵⁵ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁴⁵⁶ Baumann, JZ 1983, S.167, 172.

²⁴⁵⁷ Baumann, JZ 1983, S.167, 173.

²⁴⁵⁸ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312.

²⁴⁵⁹ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312.

²⁴⁶⁰ Dinslage, VersR 1981, S.310, 311.

Unfallschäden²⁴⁶¹. Durch eine Einführung der Patientenversicherung würden auch die Schwierigkeiten der Verschuldenshaftung nicht nur verlagert, da man sie auf schwere Fälle begrenzen könnte, in denen der Betroffene typischerweise durch Vorsorgesysteme nicht hinreichend abgesichert sei²⁴⁶².

Durch das neue Haftungsmodell könnte auch die Beweislast des Patienten ganz erheblich erleichtert werden. So sei der Beweis der Kausalität leichter zu erbringen als der des Verschuldens, da ja nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit erforderlich sei und die Versicherungsfälle sehr genau umschrieben seien²⁴⁶³. Auch könnte man an Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten denken, die hier anders als bei der Verschuldenshaftung nicht systemfremd und deshalb vor allem bei schweren Schädigungen zu rechtfertigen wären²⁴⁶⁴. Zudem sei die Mithilfe der Ärzte selbst bei der Durchsetzung der Ansprüche zu erwarten, da sich durch den Wegfall des Verschuldenserfordernisses das Verhältnis zwischen Ärzten und Patienten deutlich entspannen würde²⁴⁶⁵.

Der mit dem Wegfall des Verschuldenserfordernisses verbundene Wegfall der Präventionswirkung sei nicht überzubewerten, da die Möglichkeit administrativer, berufsständischer und strafrechtlicher Sanktionen bliebe²⁴⁶⁶. Auch sei die Präventionswirkung aufgrund der regelmäßig eingreifenden Haftpflichtversicherung ja sowieso nicht wirtschaftlicher Natur, sondern bestehe nur in der Angst um Bloßstellung vor Patienten und Kollegen²⁴⁶⁷. Zudem sei fraglich, welche Bedeutung ihr unter dem Aspekt zukomme, dass maßgeblich für das ärztliche Handeln ja im Regelfall das Ethos der Hilfe für die Mitmenschen sei²⁴⁶⁸. Es könnte zudem an einen Selbstbehalt zu Lasten des Arztes gedacht werden²⁴⁶⁹.

Als besonderer Vorteil der Übertragung des schwedischen Modells auf Deutschland wurde gewertet, dass durch die zu erwartende faktische Verdrängung des alten Systems die zunehmend an Stellenwert gewinnende Aufklärungspflichtverletzung an Bedeutung verlieren würde²⁴⁷⁰. Insgesamt würde das Verhältnis zwischen Arzt und Patient deutlich entspannt²⁴⁷¹. Die Einführung einer Patientenversicherung sei in Deutschland auch deshalb gut vorstellbar, weil die der Patientenversicherung zugrunde liegenden Gedanken der deutschen Rechtsordnung nicht gänzlich fremd seien. So sei beispielsweise in § 51 des Bundesseuchengesetzes festgesetzt, dass derjenige einen Anspruch auf Leistungen nach versorgungsrechtlichen Bestimmungen habe, der durch eine öffentlich empfohlene Impfung einen Schaden erlitten habe²⁴⁷².

Bei den Überlegungen zur Realisierbarkeit dieses Modells wurde auch nach den wirtschaftlichen Folgen gefragt. Es wurde eingeräumt, dass die Zahl der regulierungspflichtigen Fälle gegenüber dem System der reinen Verschuldenshaftung an-

²⁴⁶¹ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.221.

²⁴⁶² Baumann, JZ 1983, S.167, 172.

²⁴⁶³ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.226.

²⁴⁶⁴ Baumann, JZ 1983, S.167, 172.

²⁴⁶⁵ Baumann, JZ 1983, S.167, 174; Dinslage, VersR 1981, S.310, 312; Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I60; Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.227; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A93.

²⁴⁶⁶ Baumann, JZ 1983, S.167, 175; Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A94.

²⁴⁶⁷ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.225.

²⁴⁶⁸ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.225.

²⁴⁶⁹ Baumann, JZ 1983, S.167, 175.

²⁴⁷⁰ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312; Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343.

²⁴⁷¹ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 59;

Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 343.

²⁴⁷² Baumann, JZ 1983, S.167, 172.

steigen würde. Da aber die Patientenversicherung nur für Schmerzensgeld bis zu einem bestimmten Höchstbetrag und im übrigen für nicht gedeckte Spitzen aufkommen würde, würde der Mittelbedarf dennoch nicht ebenso stark ansteigen wie die Zahl der Ausgleichsfälle. Es wurde zudem für die Fälle des Verschuldens teilweise an einen Rückgriff des Patientenversicherers beim Arzt gedacht, den dieser dann mit der Haftpflichtversicherung des Arztes regeln müsste. Zur Vereinfachung dieser Fälle wurde eine „kombinierte Ärzteversicherung“ vorgeschlagen²⁴⁷³, unter Umständen mit einer erhöhten Haftpflichtprämie²⁴⁷⁴.

Als weiterer Vorteil einer privatrechtlichen Ausgestaltung der Versicherung wie in Schweden wurde die große Flexibilität bei der Anpassung der Versicherungsbedingungen betont. In Schweden wurde eine solche Anpassung in den ersten 25 Jahren sechsmal durchgeführt²⁴⁷⁵. Für die Versicherungslösung wurde außerdem angeführt, sie hätte sich nach ihrer Einführung auch wirtschaftlich bewährt. Dazu käme noch die Kostenersparnis durch die Vermeidung langwieriger und teurer Prozesse und die Einsparung von Kosten in der Gesundheitsversorgung durch den Wegfall der defensiven Medizin und der damit verbundenen Überdiagnostizierung und Übertherapie²⁴⁷⁶. Auch hätte man in Schweden insgesamt gute Erfahrungen mit der Versicherung gemacht²⁴⁷⁷.

Aus all diesen Gründen sah ein Teil der Literatur somit die Übertragung des schwedischen Modells auf Deutschland in der oben genannten Form als Lösung der bestehenden Probleme im Arzthaftungsrecht.

(b) Contra

Aber es wurden auch zahlreiche Argumente gegen dieses Modell vorgebracht. So wurde generell eingewandt, es verkürze gegenüber dem Verschuldensprinzip den Handlungsspielraum der Ärzte, da diese sich nicht mehr sicher sein könnten, bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt frei von Entschädigungsansprüchen zu bleiben²⁴⁷⁸.

Auch brächte ein solcher Systemwechsel nicht die erhofften Erleichterungen bei der Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen. Auch wenn mit den veränderten Tatbestandsvoraussetzungen alte Schwierigkeiten beseitigt würden, so würden auf der anderen Seite neue geschaffen²⁴⁷⁹. So würden beispielsweise die Schwierigkeiten bei der Feststellung der Fahrlässigkeit und des medizinischen Standards zwar beseitigt, dafür aber würde die Feststellung der Kausalität problematisch, da der schicksalhafte Verlauf von der durch die Behandlung verursachten Verschlechterung abgegrenzt werden müsse²⁴⁸⁰.

Des Weiteren würde dieses Haftungsmodell die Ärzte nicht vollständig von den Fragen der Verschuldenshaftung und ihrer diskriminierenden Wirkung befreien. Da die Sozialversicherungsträger aus haushaltsrechtlichen Gründen gezwungen blieben, mögliche Regressansprüche geltend zu machen, bliebe die Frage nach dem ärztlichen Verschulden zum ersten im Rahmen der Abwicklung der Versicherungsan-

²⁴⁷³ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312.

²⁴⁷⁴ Dinslage, VersR 1981, S.310, 313.

²⁴⁷⁵ Fischer/ Lilie, Ärztliche Verantwortung, S.70, 71.

²⁴⁷⁶ Dinslage, VersR 1981, S.310, 312; Köhler/ v.Maydell, Arzthaftung, S.247; Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.229.

²⁴⁷⁷ Gaidzik, JR 1992, S.323, 327.

²⁴⁷⁸ Laufs, NJW 1981, S.1289, 1290.

²⁴⁷⁹ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 833; Laufs, NJW 1981, S.1289, 1290.

²⁴⁸⁰ Deutsch VersR 1982, S.307, 307.

sprüche erhalten²⁴⁸¹. Zum zweiten bliebe ja auch neben der Versicherungslösung für bestimmte Fallkonstellationen das alte Haftungssystem anwendbar²⁴⁸².

Eine Gefahr bei einem Versicherungssystem wie dem schwedischen könne außerdem darin liegen, dass durch den Wegfall des Verschuldenserfordernisses auch höhere Aufwendungen finanziert werden müssten²⁴⁸³. Es könnte nämlich durch die einfacheren Anspruchsvoraussetzungen zusammen mit der Anonymität der Mitglieder der Versicherungsgemeinschaften eine erhöhte Missbrauchsgefahr entstehen. Diese könnte dadurch verstärkt werden, dass sich die von einem persönlichen Schuldvorwurf und von einer persönlichen Einstandspflicht befreiten Ärzte verpflichtet fühlten, die Geschädigten bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche zu unterstützen²⁴⁸⁴. Diese mit dem Modell verbundenen Kosten wären natürlich davon abhängig, in welchem Umfang die Leistungen vereinbart würden. In jedem Fall aber wäre der mit der Schaffung dieses eigenen Versicherungssystems verbundene Verwaltungsaufwand angesichts der kleinen Zahl derer, die davon wirklich profitieren würden, also etwa 5.000 bis 6.000 Personen jährlich, unverhältnismäßig groß²⁴⁸⁵.

In Bezug auf die Übertragung des schwedischen Modells auf Deutschland wurde neben diesen allgemeinen Kritikpunkten darauf hingewiesen, dass mit dem neuen System auch eine Reihe noch nicht abschließend durchdachter Probleme verbunden wären.

So wurde von Befürwortern und Gegnern des schwedischen Systems gleichermaßen zu bedenken gegeben, dass die Frage, ob sich das Konzept der Patientenversicherung in Kombination mit der herkömmlichen Versicherung bewähren würde, erst durch eine Analyse der rechtstatsächlichen Daten und der Kosten geklärt werden könne²⁴⁸⁶. Jedenfalls könnten der bereits erwähnte Verwaltungsaufwand und die unter Umständen gesteigerte Missbrauchsgefahr zu einem nicht zu vernachlässigenden Anstieg der Kosten führen, der mit den schon bestehenden Sparzwängen im Gesundheitswesen nicht vereinbar wäre²⁴⁸⁷. Auch wurden erhebliche Schwierigkeiten bei der Festlegung der Voraussetzungen für den Versicherungsanspruch befürchtet. Die konkrete Formulierung der Leistungsvoraussetzungen und die Festlegung der Leistungsstandards beim Schmerzensgeld sei anspruchsvoll²⁴⁸⁸.

Auch die übrigen, mit der Einführung der Versicherung verbundenen Fragen wurden als nicht leicht zu beantworten gesehen. So sei es schon schwierig, eine risikogerechte Prämie zu berechnen. Eine Durchschnittsprämie komme nicht in Betracht, weil das Misserfolgsrisiko bei verschiedenen Arten der Behandlung sehr unterschiedlich sein könnte²⁴⁸⁹. Es wäre zudem auch nur schwer möglich, die Prämien für die ambulante Behandlung in einer normalen Praxis zu berechnen, da man eigentlich danach unterscheiden müsste, ob es sich um eine einmalige oder um eine dauerhafte Behandlung handle. In Hinblick auf die verschiedenen Verrechnungsverfahren wäre auch ein prozentualer Zuschlag zum Honorar kein Mittel für eine gerechte Prämienlast²⁴⁹⁰.

Zudem könnte in Deutschland der zu versichernde Personenkreis nur sehr schwer erfasst werden. Da weit über 90 % der Bürger durch die gesetzliche oder private Krankenversicherung weitgehend abgesichert wären, kämen für diese Betroffenen

²⁴⁸¹ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁴⁸² Baumann, JZ 1983, S.167, 174.

²⁴⁸³ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A93, A110.

²⁴⁸⁴ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 65.

²⁴⁸⁵ Stolz, VersR 1978, S.797, 800.

²⁴⁸⁶ Baumann, JZ 1983, S.167, 175; Laufs, NJW 1984, S.1383, 1385.

²⁴⁸⁷ Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 66.

²⁴⁸⁸ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A109.

²⁴⁸⁹ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁴⁹⁰ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

als Gegenstand der subsidiären Patientenversicherung nur gewisse Differenzbeträge vor allem bei Erwerbsausfall oder Erwerbsminderung oder die Versorgung Hinterbliebener in Betracht. Nur sehr wenige Patienten könnten also die Patientenversicherung voll in Anspruch nehmen. Deshalb sei es bedenklich und praktisch fast nicht durchführbar, beide Gruppen potentiell Anspruchsberechtigter in einer Gesamtgruppe zusammenzufassen²⁴⁹¹.

In die gleiche Richtung geht auch das Argument, schon der soziale Bedarf an einer solchen Versicherung sei in Deutschland fraglich, weil 90 % der Bevölkerung durch die gesetzliche Krankenversicherung oder die Beihilfe weitgehend abgesichert und wirklich gravierende Fälle, in denen die Gefahr eines ersatzlosen Schadens drohe, selten seien²⁴⁹². Auch sei nicht bekannt, in wievielen Fällen das bestehende System überhaupt zu unbefriedigenden Folgen führe²⁴⁹³.

Als weiterer Gesichtspunkt wurde darauf hingewiesen, dass die Versicherungswirtschaft zur Versicherung derartiger Risiken bereit sein müsste, was diese erst dann prüfen könne, wenn der Großteil der Ärzteschaft ein bestimmtes Versicherungsmodell fordere²⁴⁹⁴.

Als Bedingung für eine sinnvolle Umsetzung einer Versicherung nach schwedischem Vorbild auch in Deutschland wurden von der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht und einzelnen Autoren vor diesem Hintergrund schließlich die Erfüllung derselben Voraussetzungen gefordert, die bereits im Zusammenhang mit der neu-seeländischen Versicherung erwähnt wurden²⁴⁹⁵. Die Abteilung für Arztrecht auf dem 52. Deutschen Juristentag unter anderem zu dem Thema „Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?“ schlug als Ergebnis ihrer Beratungen vor, beim Bundesministerium der Justiz eine aus Vertretern der Ärzteschaft, der Patienten, der Versicherungswirtschaft und der Sozialversicherung bestehende Kommission zu bilden, die prüfen sollte, ob und wie eine obligatorische Versicherung gegen die mit einer ärztlichen Behandlung verbundenen Risiken eingeführt und ausgestaltet werden sollte²⁴⁹⁶. Die Aufnahme und Intensivierung einer umfangreichen Rechtstatsachenforschung unter anderem zu den möglichen Auswirkungen einer Reform des Haftungsrechts oder der Einführung eines Versicherungssystems wurde jedoch abgelehnt²⁴⁹⁷.

(c) Zusammenfassung

Wägt man nun bei einer abschließenden Betrachtung des schwedischen Systems der Patientenversicherung die Vor- und Nachteile gegeneinander ab, so dürften wohl auch hier die Argumente gegen eine Übertragung dieses Modells auf Deutschland überwiegen.

So war zum ersten schon der Bedarf für eine solche Ergänzung des bestehenden Haftungssystems nicht geklärt und vor allem vor dem Hintergrund fraglich, dass in Deutschland im Gegensatz zu Schweden in einem großen Teil der Fälle ein weitgehend befriedigender Ausgleich auch nach dem alten System möglich war. Ob ein

²⁴⁹¹ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁴⁹² Bodenbug, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 170; Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, S.59, 65; Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁴⁹³ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A109.

²⁴⁹⁴ Dinslage, VersR 1981, S.310, 313; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A110.

²⁴⁹⁵ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349, 351; Kaatsch, Rechtsmedizin 1993, S.6, 9; Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.59, 63.

²⁴⁹⁶ Radau, Ersetzung der Arzthaftung, S.129 Fn.425.

²⁴⁹⁷ Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 323.

danach wohl eher geringer Bedarf den organisatorischen und finanziellen Aufwand der Einführung einer neuen Versicherung hätte rechtfertigen können, ist wohl ebenfalls sehr fraglich. Auch wäre die von den Ärzten und Krankenhäusern zu tragende Kostenlast für die Prämien ohnehin wohl wieder indirekt auf die Patienten verlagert worden, von denen aber nur ein sehr kleiner Teil auch von der neuen Versicherung profitiert hätte. Soweit man darauf hätte abstellen wollen, dass die Patientenversicherung gerade in den Fällen helfen sollte, in denen nach bisherigem Haftungsrecht unbillige Ergebnisse erzielt worden waren, muss berücksichtigt werden, dass die alten Schwierigkeiten bei der Geltendmachung der Ansprüche nach den oben gemachten Ausführungen nur zum Teil verschwunden und dafür neue dazugekommen wären, wie etwa der Nachweis der Kausalität und Zurechenbarkeit zwischen Behandlung und Schaden. Darüber hinaus wäre es wohl auch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden gewesen, den Versicherungsfall genau zu definieren und von nicht ersatzfähigen Fällen hinreichend abzugrenzen. Eine kasuistische Liste der einschlägigen Fälle wäre insofern als Hilfsmittel ebenfalls nicht wirklich in Betracht gekommen, da die Fallkonstellationen im ärztlichen Haftpflichtrecht, wie die Rechtsprechung zeigt, unübersehbar sind und mit der listenmäßigen Erfassung die nötige Anpassung an den Einzelfall und die sich wandelnden Gegebenheiten zumindest erheblich erschwert gewesen wäre. Auch die faktische Verdrängung des bestehenden Haftpflichtsystems durch die Versicherung hätte wohl in Deutschland nicht in dem Maße stattgefunden wie in Schweden. Da nämlich die Ersatzbeträge aus der Versicherung beschränkt gewesen wären, daneben aber Ansprüche auch nach altem Haftungsrecht durchsetzbar geblieben wären, wäre wohl in vielen Fällen wieder auf die alten Grundsätze zurückgegriffen worden. Damit wären die alten Probleme erhalten geblieben und auch der erwünschte Bedeutungsverlust der Aufklärungspflichtverletzung und vor allem die erhoffte Entspannung im Verhältnis zwischen Arzt und Patient wären nicht eingetreten. Die Einführung der Patientenversicherung nach schwedischem Vorbild in Deutschland wurde demnach zu Recht abgelehnt.

dd) Sonstige haftungsrechtliche Modelle

Neben der Einführung der Gefährdungshaftung und der Übertragung des neuseeländischen oder schwedischen Modells auf Deutschland wurden noch andere Ansätze zu einem Systemwechsel angedacht. Diese Reformansätze zielten wie die eben ausgeführten Modelle auf eine Änderung der Haftungsvoraussetzungen unter Abkehr von der herkömmlichen privatrechtlichen Verschuldenshaftung.

(1) Garantiehaftung

Zum Teil wurde in Betracht gezogen, dem Arzt zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten eine Garantiehaftung aufzuerlegen²⁴⁹⁸. Eine solche wurde aber ganz entschieden abgelehnt, da der ganz überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung darüber einig waren, dass der Arzt keinen Behandlungserfolg schulde²⁴⁹⁹. Somit schied auch eine Garantiehaftung wegen des Verstoßes gegen allgemein anerkannte Grundsätze des Arzthaftungsrechts aus.

(2) Einbeziehung in die gesetzliche Unfallversicherung

Als Lösung für die Arzthaftungsproblematik wurde auch das Eingreifen der gesetzlichen Unfallversicherung in allen Fällen einer Schädigung der Patienten durch einen ärztlichen Behandlungsfehler erwogen. Dass eine solche Lösung vom Gesetzgeber allerdings durch das Rehabilitationsangleichungsgesetz aus dem Jahre 1974 nicht beabsichtigt war, wurde oben aufgezeigt.

Neben den bereits ausgeführten Argumenten gegen eine solche Lösung sei hier noch hinzugefügt, dass man auch dadurch wohl nicht zu einer wirklichen Verbesse-

²⁴⁹⁸ Weißbauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, I45.

²⁴⁹⁹ Weißbauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, I45.

rung der Rechtslage gekommen wäre. Die war zumindest das Ergebnis der bereits erwähnten Untersuchung der 15.000 Fälle in Bezug auf die Auswirkungen verschiedener Anspruchsvoraussetzungen. Das Eingreifen der Unfallversicherung würde nämlich voraussetzen, dass der Unfallbegriff als eigentlich zeitlich begrenztes Ereignis auch auf die ärztliche Behandlung Anwendung finden könnte. Nach der Rechtsprechung müsste die nicht ordnungsgemäße Behandlung außerdem „wesentliche Ursache“ für die Schädigung sein. Somit wäre maßgebliches Kriterium das Vorliegen eines objektiven Behandlungsfehlers²⁵⁰⁰. Für das erfolgreiche Geltendmachen eines Anspruchs müssten also der objektive Fehler und seine Kausalität für den Schaden im Sinne einer wesentlichen Ursache nachgewiesen werden²⁵⁰¹. Somit würde eine Erleichterung gegenüber der herkömmlichen Rechtslage nur in einem Prozent der Fälle eintreten, in denen bisher der Nachweis eines Verschuldens problematisch war. In Bezug auf die Kausalität würden die Anforderungen durch die Notwendigkeit einer „wesentlichen Ursache“ noch erhöht. Zwar fielen die Fälle der Aufklärungspflichtverletzung weg, die in 79 % der Fälle kritischen Fragen bezüglich eines objektiven Behandlungsfehlers würden aber bestehen bleiben. In prozessualer Hinsicht träte also keine wirkliche Verbesserung ein²⁵⁰². Ein Vorteil bestünde nur für 1% der klagenden Patienten, die außerdem im Regelfall durch die Sozialversicherungsträger hinreichend geschützt seien²⁵⁰³.

Gegen den Ausgleich ärztlicher Behandlungsfehler im Rahmen der Unfallversicherung wurde außerdem angeführt, dass die Ansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung zwar vom konkreten Schaden unabhängige Leistungen umfassen würden, jedoch keinen Ersatz für immaterielle Schäden. Ferner würden die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung entfallen. Die Verletzten-, Witwen- und Waisenrenten aus der gesetzlichen Rentenversicherung würden bei Überschreiten eines bestimmten Betrages gekürzt, und außerdem bestehe noch das Risiko, dass nach §§ 636, 637 RVO die Haftpflichtansprüche gegen den Arzt, den Krankenhaus-träger oder das Krankenhauspersonal entfallen könnten²⁵⁰⁴. Ein weiterer deutlicher Nachteil dieses Modells liege außerdem darin, dass bei Eingreifen des Haftungsausschlusses nach §§ 636, 637 RVO der Großteil der Geschädigten nur die materiellen, nicht aber die immateriellen Schäden ersetzt verlangen könnte. Bei Nichteingreifen dieses Haftungsausschlusses könnte der Unfallversicherungsträger zudem Rückgriff beim Schädiger nehmen, was den Verwaltungsaufwand und damit die Kosten erheblich erhöhen würde²⁵⁰⁵. Auch müsste der Patient, der den Unfallversicherungsträger und wegen der Schadensspitzen auch den Schädiger in Anspruch nehmen wolle, die Voraussetzungen beider Ansprüche darlegen und beweisen. Zudem würde der Haftpflichtversicherer des Schädigers mit einem erhöhten Verwaltungsaufwand belastet, da er vom Schädiger und vom Unfallversicherungsträger in Anspruch genommen werden könnte²⁵⁰⁶.

Den geringfügigen Vorteilen hätten also erhebliche Nachteile für alle Beteiligten entgegengestanden. Somit war dieses Modell mit Recht nicht als Alternative zum bestehenden System anzusehen.

(3) Ausgleichsfonds

Da die Patientenversicherung als Modell für Deutschland nicht wirklich geeignet war, die grundsätzlichen Überlegungen vielfach aber als positiv beurteilt wurden, wurde zum Teil auch vorgeschlagen, statt der Einführung einer Patientenversiche-

²⁵⁰⁰ Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

²⁵⁰¹ Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

²⁵⁰² Stolz, VersR 1978, S.797, 798.

²⁵⁰³ Stolz, VersR 1978, S.797, 800.

²⁵⁰⁴ Stolz, VersR 1978, S.797, 799.

²⁵⁰⁵ Stolz, VersR 1978, S.797, 799.

²⁵⁰⁶ Stolz, VersR 1978, S.797, 800.

rung einen Fonds einzurichten, der nach den Grundsätzen des schwedischen Modells, unter Umständen in Zusammenarbeit mit den ärztlichen Schiedsstellen, die Schadensregulierung übernehmen sollte. Damit sollten auch die nötigen statistischen Erfahrungen für eine eventuell später umzusetzende Versicherungslösung gesammelt werden²⁵⁰⁷.

Da im Rahmen dieser Lösung die Verteilung der Mittel nach den Grundsätzen der schwedischen Patientenversicherung erfolgen sollte, wären damit die gleichen Schwierigkeiten etwa beim Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen aufgetreten wie im schwedischen System. Dieselben Argumente wie die gegen die Einführung der Patientenversicherung führen deshalb auch hier dazu, dass dieses Modell nicht als Lösung gesehen werden konnte.

(4) Patientenkasse

Ein weiterer Vorschlag zur Vermeidung der Schwächen des deutschen Arzthaftungsrechts war die Übernahme des schweizer Modells einer Patientenkasse.

Voraussetzungen für einen Anspruch gegen eine solche Patientenkasse sollten sein, dass der Betroffene durch eine medizinische Behandlung oder die Unterlassung einer notwendigen medizinischen Maßnahme oder die Verletzung der Aufklärungspflicht einen gesundheitlichen Schaden erlitten hatte, der einen wirtschaftlichen Schaden nach sich zog. In diesem Fall sollte dann der Schaden zu ersetzen und ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen sein. Die Berechnung dieser Ansprüche sollte nach den Regelungen des BGB erfolgen²⁵⁰⁸. Schicksalsbedingte Schäden sollten dabei vom Leistungsumfang ausgegrenzt werden²⁵⁰⁹. Die Zahlungen aus der Patientenkasse sollten subsidiär sein, also nur dann erfolgen, wenn kein anderer Träger für die Behandlungskosten und den Schaden aufkommen würde²⁵¹⁰. Es wurde auch an eine nach oben betraglich begrenzte Deckung gedacht. Dadurch sollte wenigstens in leichten und mittelschweren Fällen Rechtsfrieden hergestellt werden und in ernsteren Fällen die Rechtsfortbildung durch die ordentlichen Gerichte möglich bleiben²⁵¹¹.

Die Finanzierung sollte dadurch erfolgen, dass die Bürger gesetzlich zu einem Beitritt zur Patientenkasse und zur Zahlung eines monatlichen Beitrags von etwa 50 Cent gezwungen werden sollten²⁵¹². Neben den Patienten sollten aber auch die Ärzte und Krankenhäuser an der Finanzierung der Kasse beteiligt werden, da die einfachere Regulierung auch in ihrem Interesse erfolge und durch einen Beitrag aller Beteiligten zudem die Akzeptanz der Einrichtung erhöht werden könnte²⁵¹³. Sie sollten entweder die Beträge aufbringen, die sie bisher für die Haftpflichtversicherung aufgebracht hatten. Dafür sollten die zivilrechtlichen Ansprüche der Geschädigten ausgeschlossen sein, die Patientenkasse aber bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit Regressansprüche gegen die Ärzte erhalten²⁵¹⁴. Oder die Ärzte und Krankenhäuser sollten geringere Beiträge zahlen und dafür bis zu einem bestimmten Betrag frei von Rückforderungen bleiben²⁵¹⁵.

Da sich der Patient somit zum Ausgleich seiner Schäden nicht an den Arzt sondern an die Patientenkasse hätte wenden müssen, und da diese zum Großteil durch die Patienten finanziert worden wäre, wurde als Vorteil eines solchen Systems gese-

²⁵⁰⁷ Klingmüller, VersR 1980, S.694, 696.

²⁵⁰⁸ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 272.

²⁵⁰⁹ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 278.

²⁵¹⁰ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 276.

²⁵¹¹ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 277.

²⁵¹² Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 273.

²⁵¹³ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 271.

²⁵¹⁴ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 273.

²⁵¹⁵ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269, 274.

hen, dass damit der Ausgleich für Behandlungsfehler weniger emotional geführt und das Verhältnis zwischen Arzt und Patient wieder gebessert werden können sollte²⁵¹⁶.

Insgesamt aber kann auch dieses Modell wie schon die übrigen nicht als Alternative überzeugen. Aufgrund der Subsidiarität der Ansprüche wäre das alte System mit seinen Nachteilen und Schwierigkeiten weiter bestehen geblieben. Auch hätten sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderweitigen Ansprüchen und vor allem zu den vom Leistungsumfang ausgeschlossenen Fällen eines schicksalhaften Verlaufs ergeben. Außerdem hätte der Bedarf nach einem derartigen ergänzenden Haftungssystem angesichts den damit notwendig verbundenen Kosten und der auch vorher schon weitgehend garantierten sozialen Absicherung in Deutschland wie bei den anderen Modellen nicht hinreichend entschieden bejaht werden können. Die Einführung einer Patientenkasse nach Schweizer Vorbild war somit ebenfalls abzulehnen.

(5) Haftungsmodell der DDR

Zum Teil wurde auch der Vorschlag gemacht, die Grundgedanken der bereits vorgestellten erweiterten materiellen Unterstützung für Bürger bei Gesundheitsschäden infolge medizinischer Maßnahmen (EMU) in der DDR auch im westlichen Teil Deutschlands umzusetzen²⁵¹⁷. Dagegen wurde eingewandt, dass bei diesem System das für die Patienten oft sehr bedeutsame Schmerzensgeld nur durch eine Zivilklage erreicht werden könnte²⁵¹⁸. Zudem sei fraglich, ob die Einführung dieses Systems in der DDR eine befriedende Wirkung zwischen Ärzten und Patienten gehabt habe²⁵¹⁹. Angesichts der bereits oben angeführten Nachteile des Systems der DDR konnte dieses somit nicht als Vorbild für eine gesamtdeutschen Arzthaftung dienen.

ee) Modifikationen innerhalb des bestehenden Systems

Im Gegensatz zu all diesen bisher vorgestellten, das System der Verschuldenshaftung verlassenden Modellen machte ein großer Teil der Literatur Vorschläge, wie zwar das grundsätzliche System der Arzthaftung beibehalten, aber in einzelnen Punkten modifiziert und damit den besonderen Anforderungen besser gerecht werden sollte²⁵²⁰. Ein Systemwechsel im Arzthaftungsrecht oder die Einführung neuer Versicherungen sei nicht nötig, da auch nach der bestehenden Rechtslage besonders gravierende Folgen einer unverschuldet fehlgeschlagenen ärztlichen Behandlung abgesichert werden könnten. So biete die Lebensversicherung unabhängig von der Todesursache eine Absicherung für die Hinterbliebenen. Eine Berufsunfähigkeit könne durch eine entsprechende Versicherung aufgefangen werden und die Unfallversicherung greife auch bei einer Invalidität ein, die Folge einer wegen eines Unfalls notwendigen ärztlichen Behandlung sei²⁵²¹.

Deshalb sollten einzelne Modifikationen des bestehenden Systems der Verschuldenshaftung ausreichend sein, um die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ersatzansprüchen zu beseitigen.

(1) Zivilrechtliche Kodifikation

Eine Ansicht in der Literatur schlug vor, im Rahmen der schon seit den siebziger Jahren geplanten Schuldrechtsreform eigene Regelungen zu allen Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses und damit auch des Arzthaftungsrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Damit sollte das herkömmliche System nicht wesentlich

²⁵¹⁶ Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, S.269, 270.

²⁵¹⁷ Franzki, MedR 1994, S.171, 179.

²⁵¹⁸ Laufs, NJW 1996, S.2413, 2414.

²⁵¹⁹ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.124; Laufs, NJW 1996, S.2413, 2414.

²⁵²⁰ Bodenburt, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155, 170.

²⁵²¹ Dütz, DÄBl 1971, S.828, 833.

geändert, aber vor allem durch Festschreiben des entwickelten Richterrechts ein gewisses Maß an Rechtssicherheit erreicht werden.

(a) Inhalt

Im Jahre 1982 wurde dem Bundesjustizministerium deshalb ein Gesetzgebungsvorschlag in Bezug auf den Medizinischen Behandlungsvertrag vorgelegt. Darin waren in insgesamt zwölf Paragraphen alle Fragen rund um das Arzt-Patienten-Verhältnis enthalten²⁵²². In den Paragraphen 9 bis 11 sollten auch die Folgen einer ärztlichen Pflichtverletzung geregelt werden.

Diese Vorschriften lauteten:

„§ 9: Der Arzt haftet für schuldhafte Pflichtverletzungen, das sind im ärztlichen Bereich insbesondere: der Diagnose- oder Behandlungsfehler, das unvertretbare Überschreiten des ärztlichen Ermessens und die Verletzung der Pflicht zur Aufklärung und Einholung der Einwilligung des Patienten. Ist der Arzt haftbar, so hat er den Schaden zu ersetzen, der als generell voraussehbare Folge des Haftungsgrundes eingetreten ist. Die Beweislast trägt grundsätzlich der Patient, wenn die Aufzeichnungen ordnungsgemäß geführt worden sind. Steht jedoch ein grober Diagnose- oder Behandlungsfehler fest und erleidet der Patient eine Gesundheitseinbuße, welche die vorgesehene Behandlung verhindern konnte, so hat im Zweifel der Arzt zu beweisen, dass der Schaden nicht Folge des Fehlers ist. Für Spätschäden muss feststehen, dass sie auf dem Fehler beruhen. Für den Umfang des Ersatzes gelten die §§ 842 bis 847 (BGB) entsprechend.

§ 10: Die Haftung kann nicht im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden.

§ 11: Der Anspruch des Patienten auf Schadensersatz verjährt in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Verletzte von der Verletzung und dem Schaden Kenntnis erlangt.“²⁵²³

Damit sollten die wesentlichen Eckpunkte gesetzlich geregelt und dann von Lehre und Rechtsprechung fortentwickelt werden²⁵²⁴. In Paragraph 9 sollte vor allem die bisherige Rechtsprechung des BGH festgehalten werden²⁵²⁵. Neu war im Rahmen des Schadensumfangs nur die Gewährung von Schmerzensgeld bei der Verletzung vertraglicher Pflichten. Diese wurde mit den Erfordernissen der modernen Rechtspolitik begründet. Auch gebe es keinen plausiblen Grund, an der alten Rechtsauffassung festzuhalten²⁵²⁶. Die Regelung zum Haftungsausschluss in Paragraph 10 entspräche dem allgemeinen Rechtsempfinden, nach dem eine Haftungsbeschränkung in diesem vitalen Bereich der Körper- und Gesundheitsverletzung als sittenwidrig angesehen werde²⁵²⁷. Die Verjährungsregelung in Paragraph 11 sollte einen Kompromiss zwischen der als zu lang empfundenen vertraglichen Verjährungsfrist von damals dreißig Jahren und der als zu kurz angesehenen deliktischen Verjährungsvorschrift von damals drei Jahren darstellen²⁵²⁸. Da durch Behandlungsfehler verursachte Schäden häufig erst spät erkennbar seien, sollte eine absolute Verjährungsfrist nicht eingeführt werden²⁵²⁹.

Die Normen sollten auf jegliches ärztliche Handeln anwendbar sein, egal ob von einem Arzt oder Zahnarzt ausgeübt oder nicht. Ein Sonderrecht nur für Ärzte sei nicht beabsichtigt²⁵³⁰, weshalb auch die Bezeichnung „medizinischer Behandlungs-

²⁵²² Deutsch, Medizinrecht, 3. Auflage, S.59 bis 61.

²⁵²³ Deutsch, Medizinrecht, 3. Auflage, S.60.

²⁵²⁴ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1091.

²⁵²⁵ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1108, 1109, 1110.

²⁵²⁶ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1110.

²⁵²⁷ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1110.

²⁵²⁸ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1110.

²⁵²⁹ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1111.

²⁵³⁰ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1094.

vertrag“ für diesen Vertrag eigener Art gewählt worden sei²⁵³¹. Die Handlungen ärztlicher Hilfspersonen sollten aber nicht erfasst sein, für ihr Verhalten sollten gegebenenfalls die Ärzte haften²⁵³².

Begründet wurde der Gesetzgebungsvorschlag damit, dass die Regeln des Dienst- und Werkvertragsrechts nicht ausreichend seien, um die gegenseitigen Pflichten im ärztlichen Behandlungsverhältnis und die Abwicklung des Schuldverhältnisses zu erfassen²⁵³³. Außerdem könne die Festsetzung im Vertragsrecht zusammen mit dem im Vertragsrecht anwendbaren Schmerzensgeldanspruch das Arzthaftungsrecht von der Körperverletzung entfernen und damit eine begrüßenswerte Akzentverschiebung hervorrufen²⁵³⁴. Durch die Betonung des vertragsrechtlichen Aspekts gegenüber dem Deliktsrecht erhalte zudem die Arzt-Patienten-Beziehung eine persönlichere Prägung²⁵³⁵. Das Deliktsrecht sollte nur noch dann eingreifen, wenn kein Vertrag zustande gekommen war²⁵³⁶.

(b) Stellungnahmen

Die gesetzliche Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und Patient wurde zum Teil mit dem Argument begrüßt, dass man sich von einer abschließenden Kodifikation eine stärkere psychologische Wirkung erwarte als von einer Verteilung der Materie auf das Richterrecht und einzelne Spezialkodifikationen. Da allerdings das Schwergewicht der Behandlung im Sozialrecht und Verwaltungsrecht liege, wurde das BGB nicht als geeigneter Ort für eine solche Kodifikation gesehen²⁵³⁷.

Von anderen Stimmen in der Literatur wurden die speziellen gesetzlichen Regelungen als überflüssig angesehen²⁵³⁸, da das Zusammenspiel von zivilrechtlichen, strafrechtlichen und berufsrechtlichen Sanktionen ausreichend sei, um den Schutz der Patienten zu gewährleisten. Auch werde die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient hinreichend durch die Bestimmungen des Dienstvertragsrechts geregelt²⁵³⁹. Zudem widerspreche die spezielle Regelung einzelner Vertragstypen im BGB dessen Konzeption, abstrakte und übertragbare Vertragstypen zu schaffen und die Übersichtlichkeit des Rechts und die Rechtskontinuität dadurch zu erhalten, dass das Gesetz unabhängig bliebe von der Vielzahl der vertraglichen, sich ständig wandelnden Lebenstypen²⁵⁴⁰. An dem Gesetzgebungsvorschlag wurde außerdem kritisiert, dass er auf das Verhältnis zwischen Patienten und Psychologen keine Anwendung finde und deshalb zusammen mit der Ausnahme der medizinischen Hilfsberufe vom Anwendungsbereich eben doch zu einem Sonderrecht für Ärzte führe²⁵⁴¹.

Neben diesen Argumenten sprach auch gegen die Kodifikation, dass aufgrund der sich ständig verändernden Fallkonstellationen und Entwicklungen in der Medizin nur die Formulierung von Eckpunkten möglich gewesen wäre, die dann durch die Rechtsprechung hätten ausgefüllt werden müssen. Somit hätte die gesetzliche Regelung gegenüber dem bisherigen Richterrecht keinen Vorteil gebracht. Deshalb wäre auch eine zivilrechtliche Kodifikation keine geeignete Lösung für die bisherigen Probleme gewesen. Sie wurde dementsprechend bei der Reform des Schuldrechts nicht umgesetzt.

²⁵³¹ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1095.

²⁵³² Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1095.

²⁵³³ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1090.

²⁵³⁴ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1092.

²⁵³⁵ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1093.

²⁵³⁶ Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049, 1093.

²⁵³⁷ Steffen, Referat zum 52.DJT, S.I 8, I16.

²⁵³⁸ Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 322.

²⁵³⁹ Thesen zum Referat von Weißbauer auf dem 52.DJT, S.I48, I48.

²⁵⁴⁰ Schönemann, NJW 1982, S.2027, 2033.

²⁵⁴¹ Schönemann, NJW 1982, S.2027, 2031.

(2) Strafrecht

Der Vorschlag zu einer Änderung des Strafrechts in Bezug auf die Arzthaftung ging dahin, die Strafbarkeit der Ärzte für Behandlungsfehler auf Fälle grober Fahrlässigkeit zu begrenzen²⁵⁴².

Durch die Herausnahme der leichtesten Fahrlässigkeit könnte der Druck auf den Arzt reduziert und die Konzentration auf die Behandlung vielleicht sogar verbessert werden²⁵⁴³. Auch entspräche es der Verfahrensrealität, dass eine Anklageerhebung von Amts wegen nur noch in Fällen schwerer Behandlungsfehler erfolge. Außerdem liege eine gewisse Gefahrgeneigntheit in der Natur des ärztlichen Handelns und deshalb müsse aus rechtspolitischen Gründen die strafrechtliche Haftung diesen Umständen angepasst werden²⁵⁴⁴. Dieser Vorschlag stieß vor allem deshalb auf Ablehnung, weil man fürchtete, damit könne die gewünschte Präventionswirkung zum Teil verloren gehen²⁵⁴⁵.

(3) Zivilrecht

Aber nicht nur die die Ärzte stark belastenden Folgen eines Strafverfahrens sollten vermieden werden, sondern es wurden auch für den Bereich des Zivilrechts zahlreiche Änderungen vorgeschlagen, um zu einem gerechten Interessenausgleich zwischen Ärzten und Patienten zu gelangen. Diese bezogen sich einerseits auf das materielle Recht, andererseits auf das Prozessrecht.

Ein Ansatz zur Verbesserung der Rechtslage in Bezug auf die ärztlichen Pflichten war die Forderung nach einer Stufenaufklärung, nach der dem Patienten auf der ersten Stufe eine schriftliche Basisinformation über die bedeutendsten allgemeinen und besonderen Risiken des Eingriffs erteilt werden sollte, mit dem Hinweis, bei Bedarf nach den weiteren möglichen Komplikationen zu fragen. Der Patient sollte damit in die Lage versetzt werden, auf der zweiten Stufe entweder gezielt zu fragen oder auf weitere Aufklärung zu verzichten²⁵⁴⁶.

Zur Entlastung der Ärzteschaft und zur Vermeidung von Haftungsprozessen wurde zudem gefordert, die Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht wieder etwas herabzusetzen, zumal beim geforderten Standard der Aufklärung die Patienten selbst nicht selten in ihrem Aufnahmevermögen überfordert wären²⁵⁴⁷. Als Mittel zur Begrenzung der Aufklärungspflichten wurde eine gesetzliche Regelung derselben vorgeschlagen²⁵⁴⁸.

Als Schwäche des bestehenden Arzthaftungsrechts wurde auch die Haftungsverteilung im Rahmen des § 831 BGB gesehen. Die Behandlungsfehlerhaftung als Berufshaftung stimme mit dem Grundgedanken des § 831 BGB nicht überein, sondern führe im Rahmen der objektivierten Berufshaftung zu unvermeidbaren Haftungslücken. Der Patient sei durch die dort geregelte Exkulpationsmöglichkeit gezwungen, zur Sicherstellung aller möglichen Schmerzensgeldansprüche alle an der Behandlung Beteiligten persönlich zu verklagen, was zu einer erheblichen Belastung derselben führe. Deshalb solle für diesen Bereich eine dem § 278 BGB vergleichbare Regelung geschaffen werden, nach der ein Geschäftsherr ohne Exkulpationsmöglichkeit für ein Verschulden seines Gehilfen haften müsse²⁵⁴⁹. Auch die Abtei-

²⁵⁴² Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1657; Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 345.

²⁵⁴³ Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 345.

²⁵⁴⁴ Deutsch, NJW 1978, S.1657, 1657.

²⁵⁴⁵ Baumann, JZ 1983, S.167, 175.

²⁵⁴⁶ Weißauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, I43.

²⁵⁴⁷ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349, 353.

²⁵⁴⁸ Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341, 345.

²⁵⁴⁹ Steffen, Referat zum 52.DJT, S.I 8, I22.

lung für Arztrecht auf dem 52. Deutschen Juristentag schloss sich dieser Forderung an²⁵⁵⁰.

Der Angleichung des § 831 BGB an § 278 BGB im Bereich des Arzthaftungsrechts wurde allerdings entgegengehalten, dass dem Geschäftsherrn zwar häufig der Nachweis gelinge, den Handelnden sorgfältig ausgewählt zu haben, dass aber häufig die ordnungsgemäße Anleitung und Überwachung nicht nachgewiesen werden könne, so dass die Exkulpation letztlich doch nicht gelinge. Anderenfalls seien aber auch die Verrichtungsgehilfen häufig derart haftpflichtversichert, dass ein ausreichender Deckungsschutz auch bei deren Inanspruchnahme gewährleistet sei. Deshalb bestehe keine Notwendigkeit, den Bereich der Berufshaftung im Rahmen des § 831 BGB isoliert zu regeln²⁵⁵¹.

Andere Forderungen gingen dahin, eine einheitliche Verjährung für vertragliche und deliktische Arzthaftungsansprüche oder die Gewährung von Schmerzensgeld auch bei der Verletzung vertraglicher Pflichten einzuführen²⁵⁵².

Ein ganz neuer Vorschlag war die Übertragung der von der französischen Rechtsprechung entwickelten Regel zur „perte de chances“ auf das deutsche Arzthaftungsrecht. Hiernach sollte die Wahrscheinlichkeit der Schadensverursachung für den Umfang des Ersatzanspruchs des Patienten maßgeblich sein, falls der Behandlungsfehler unstreitig, aber dessen Ursächlichkeit für den Schaden nicht vollständig nachweisbar wäre. Damit wollte man das im deutschen Arzthaftungsverfahren bestehende Alles-oder-nichts-Prinzip beseitigen²⁵⁵³.

(4) Prozessrecht

Da die prozessuale Situation nach den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte bei der Durchsetzung behaupteter Arzthaftungsansprüche eine ganz entscheidende Rolle gespielt hatte, lag der Schwerpunkt der Forderungen und Modifikationsvorschläge im Bereich des Prozessrechts.

(a) Änderungen im Beweisrecht

Neben den Änderungsvorschlägen für das materielle Recht wurde gefordert, die Beweislage hinsichtlich der Behandlungsfehler im eigentliche Sinn zu verbessern, um ein Ausweichen auf die Aufklärungspflichtverletzung als Klagegrund zu vermeiden²⁵⁵⁴.

Dazu sollte etwa die zu diesem Zeitpunkt bereits vom BGH festgelegte Dokumentationspflicht durch ein Zugangsrecht des Patienten zu den Unterlagen ergänzt und damit wirkungsvoller gemacht werden²⁵⁵⁵. Von einem Zugangsrecht der Patienten zu den Krankenunterlagen versprach man sich, dass allein durch die damit verbesserte Kenntnis des Sachverhalts die Beweissituation des unterlegenen Patienten ganz entscheidend verbessert werden könnte. Zudem könne man auf der Grundlage des objektiven Sachverhalts die Erfolgsaussichten eines Verfahrens besser abschätzen, was viele Verfahren überflüssig machen könnte²⁵⁵⁶. Zum Teil wurde sogar eine generelle Beweislastumkehr nach § 282 BGB gefordert, um die Beweislage im Zivilverfahren zu verbessern und damit die zahlreichen Strafverfahren zu vermeiden, die nur geführt würden, um den Sachverhalt für das Zivilverfahren aufzuklä-

²⁵⁵⁰ Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 322.

²⁵⁵¹ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I102.

²⁵⁵² Fischer/ Lilie, Ärztliche Verantwortung, S.161.

²⁵⁵³ Fischer/ Lilie, Ärztliche Verantwortung, S.160.

²⁵⁵⁴ Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A113.

²⁵⁵⁵ Steffen, Referat zum 52.DJT, S.I 8, I15; Thesen zum Referat von Weißbauer auf dem 52.DJT, S.I48, I49.

²⁵⁵⁶ Stolz, VersR 1978, S.797, 801.

ren²⁵⁵⁷. Angedacht wurde auch, den Nachweis eines Behandlungsfehlers allgemein durch die Grundsätze der Beweislastumkehr bei Organisationsmängeln zu erleichtern. Dies sollte dadurch erfolgen, dass bei einer Verwirklichung behandlungsbedingter Risiken, die bei umsichtigen und ordnungsgemäß arbeitenden Ärzten selten vorkomme, der betreffende Arzt verpflichtet werden sollte, sich durch den Nachweis seiner Qualifikation zu entlasten, unter Umständen auch durch eine statistische Erfassung seiner eigenen Behandlungserfolge²⁵⁵⁸.

Für eine generelle Beweislastumkehr wurde angeführt, dadurch trete keine unzulässige Belastung der Ärzteschaft ein. Die Haftung wäre ja auch dann nicht nur vom Bestehen eines Behandlungsfehlers abhängig, sondern der Zustand des Patienten vor der Behandlung und die unvorhersehbaren biologischen Abläufe würden natürlich weiterhin bei der Beurteilung der Haftung des Behandelnden berücksichtigt²⁵⁵⁹. Eine derartige Verschärfung der beweisrechtlichen Situation der Ärzteschaft müsse auch nicht zwangsläufig zu einer überängstlichen Reaktion der Ärzte und einer Defensivmedizin führen. Jeder ordnungsgemäß und nach den Regeln seiner Kunst arbeitende Arzt bleibe auch bei Verschärfung der prozessualen Lage vor begründeten Schadensersatzklagen verschont und es bestehe deshalb kein Anlass zu übervorsichtigem Verhalten²⁵⁶⁰.

Eine generelle Beweislastumkehr stieß aber auch aus verschiedenen Gründen auf Ablehnung²⁵⁶¹. So könne zum ersten, wie ja auch vom BGH in ständiger Rechtsprechung festgestellt, die generelle Beweislast auch für den Arzt unzumutbar sein, wenn eine Behandlung aufgrund der Eigenart biologischer Vorgänge und ohne Einflussmöglichkeit oder Verschulden des Arztes fehlschlug²⁵⁶². Auch könnten die Ärzte eine generelle Beweislastumkehr und das dadurch geschaffene Sonderrecht als ungerechtfertigte Diskriminierung empfinden²⁵⁶³. Außerdem führe diese Ansicht, deren Anliegen es sei, aus sozialpolitischen Gründen den Patienten einen ihn treffenden Vermögensschaden nicht alleine tragen zu lassen, zu weit, weil solche Vermögenseinbußen typischerweise nur bei schweren Dauerschäden aufträten, so dass sich die Haftungsmodifikationen auch nur auf diesen Bereich beschränken müssten²⁵⁶⁴.

(b) Änderungen speziell beim Sachverständigenbeweis

Eine andere Ansicht ging davon aus, es sei der entscheidende Ansatz, den Sachverständigenbeweis zu verbessern²⁵⁶⁵. Die Ausbildung sachkundiger Richter sei nicht realisierbar, da eine derartige Ausbildung schwer durchführ- und finanzierbar wäre und den Richtern zudem die nötige praktische Erfahrung fehlen würde. Deshalb müsse man am Heranziehen sachverständiger Mediziner festhalten²⁵⁶⁶. Auch das Heranziehen ausländischer Sachverständiger zur Gewährleistung einer gewissen Objektivität sei nicht wirklich durchführbar. Es sei nämlich schwierig den medizinischen Kenntnisstand und das Standessystem der einzelnen Länder zu vergleichen und zudem stünden Kommunikationsschwierigkeiten sowie Kostenfragen einer praktischen Durchführung dieser Idee entgegen²⁵⁶⁷.

²⁵⁵⁷ Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53, I 101.

²⁵⁵⁸ Steffen, Referat zum 52.DJT, S.I 8, I 24.

²⁵⁵⁹ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 12.

²⁵⁶⁰ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 12.

²⁵⁶¹ Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 322.

²⁵⁶² Baumann, JZ 1983, S.167, 170.

²⁵⁶³ Baumann, JZ 1983, S.167, 170.

²⁵⁶⁴ Baumann, JZ 1983, S.167, 170.

²⁵⁶⁵ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 12.

²⁵⁶⁶ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 13.

²⁵⁶⁷ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 13.

Deshalb sei weiter am herkömmlichen Sachverständigensystem festzuhalten. Dieses müsse aber optimiert werden. Erste notwendige Änderung hierfür sei eine sorgfältigere, am Fachgebiet und den technischen, organisatorischen und qualitätsbezogenen persönlichen und sachlichen Gegebenheiten orientierte Auswahl der Sachverständigen. Zudem müsste die Bekanntgabe der Entscheidung auch an den Gutachter zur Pflicht gemacht werden²⁵⁶⁸. Brauchbarere Gutachten könnten zudem durch eine veränderte Befragung der Sachverständigen erlangt werden. Statt allgemeiner Fragen oder solcher nach einem „Kunstfehler“ sollten mit detaillierten und auf den konkreten Fall angepassten Fragen genauere und brauchbarere Auskünfte erlangt werden können²⁵⁶⁹. Auch sei es ganz entscheidend, den Sachverständigen in jedem Fall zur mündlichen Verhandlung heranzuziehen, um Unklarheiten im Gutachten direkt abklären zu können²⁵⁷⁰. Zuletzt sollte auch die Übermittlung des Sachverhaltes an den Gutachter in modifizierter Form erfolgen. So sollten zum ersten die Namen des Patienten und vor allem des behandelnden Arztes nicht mitgeteilt werden. Dann sollte dem Sachverständigen zunächst ein abstrahierter Sachverhalt zur Verfügung gestellt werden und erst nach Abgabe einer ersten Einschätzung der Originalsachverhalt, um dem Gutachter damit die Gelegenheit zu geben, zu eventuellen Unterschieden der Tatsachen und daraus resultierenden Bewertungsunterschieden Stellung zu nehmen²⁵⁷¹. Ein weiterer Schritt könne auch darin liegen, dem Gutachter nur einen abstrahierten Abschnitt der Behandlung vorzulegen, diesen beurteilen zu lassen und die Frage zu stellen, wie die Behandlung ordnungsgemäß hätte fortgesetzt werden müssen. Dann könnte man die hypothetische sachgemäße Behandlung mit der tatsächlich erfolgten vergleichen²⁵⁷². Von Seiten des 52. Deutschen Juristentages wurde der Ärzteschaft außerdem nahegelegt, standesrechtlich festzuhalten, dass bei der Begutachtung als Sachverständiger bei Gericht die Objektivität Vorrang vor der Kollegialität haben müsse, und zu prüfen, ob der Arzt standesrechtlich verpflichtet werden könnte, seinen Patienten ohne Äußerung zu Schuldfragen auf das Vorliegen eines objektiven Behandlungsfehlers hinzuweisen²⁵⁷³. Alle diese Maßnahmen könnten in Kombination dazu beitragen, unparteiische und aussagekräftige Gutachten als Grundlage des Arzthaftungsprozesses zu gewinnen. Damit wären die Beweisschwierigkeiten hinfällig und die Interessen beider Parteien berücksichtigt²⁵⁷⁴.

(c) Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit

Ein anderer Vorschlag ging dahin, die Arzthaftungsstreitigkeiten auf bestimmte Abteilungen der Gerichte zu konzentrieren, um so ein Mindestmaß an Sachkunde beim Gericht zu gewährleisten²⁵⁷⁵ und die Zusammenarbeit der Gerichte mit den Sachverständigen zu erleichtern²⁵⁷⁶. So sollten zur Garantie von Qualität und Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Wege der Geschäftsverteilung Spezialspruchkörper für Arzthaftungssachen wie bei den Oberlandesgerichten auch zumindest bei den größeren Landgerichten gebildet werden²⁵⁷⁷. Auch an eine zusätzliche örtliche Konzentration wurde gedacht, die dadurch erreicht werden sollte, dass man einem Gericht die Medizinrechtssachen aus mehreren herkömmlichen Gerichtsbezirken zuweisen sollte²⁵⁷⁸.

²⁵⁶⁸ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349, 353.

²⁵⁶⁹ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 13.

²⁵⁷⁰ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 14.

²⁵⁷¹ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 14.

²⁵⁷² Eschner, DRiZ 1983, S.9, 14.

²⁵⁷³ Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 322.

²⁵⁷⁴ Eschner, DRiZ 1983, S.9, 14.

²⁵⁷⁵ Franzki, MedR 1994, S.171, 179; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A121.

²⁵⁷⁶ Weißbauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, I39.

²⁵⁷⁷ Franzki, MedR 1994, S.171, 179; Kuckuk, DRiZ 1978, S.321, 323.

²⁵⁷⁸ Taupitz, ZRP 1997, S.161, 163.

Für eine Konzentration der Arzthaftungssachen innerhalb eines Gerichts wurde angeführt, dass sie einfach durch eine entsprechende Verteilung nach Sachkriterien im Geschäftsverteilungsplan des ansonsten zuständigen Gerichts realisiert werden könnte²⁵⁷⁹. Für eine Konzentration bei nur einem der ansonsten zuständigen Eingangsgerichte oder bei einem den übrigen Gerichten übergeordnetem Gericht, wäre eine Änderung der Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozessordnung erforderlich gewesen²⁵⁸⁰.

Angedacht wurde auch, zur Entscheidung von Arzthaftungsstreitigkeiten Ärzte in das Richterkollegium aufzunehmen²⁵⁸¹. Dies sollte entweder gemäß dem Sachkundemodell nach dem Vorbild der Kammern für Handelssachen durch Beteiligung eines einschlägig ausgewiesenen Sachverständigen als ehrenamtlicher Richter oder nach dem im Arbeitsgerichtsprozess verfolgten Interessenausgleichsmodell durch Aufnahme von Ärzten- und Patientenvertretern in das Richterkollegium erfolgen²⁵⁸².

Eine Aufnahme von Medizinern in die Spruchkörper der Gerichte wäre mit dem Grundgesetz vereinbar, es müsse nur eine entsprechende einfachgesetzliche Regelung erfolgen. Bedenken gegen eine solche Beteiligung von Medizinern wurde aus einem anderen Grund geäußert. Zur optimalen Erfassung des jeweiligen Sachverhalts und Festlegung des jeweils nötigen und erfüllbaren Sorgfaltsmaßstabs müsste stets ein Vertreter des betroffenen medizinischen Fachs Mitglied des rechtsprechenden Kollegiums sein. Eine solche von Fall zu Fall wechselnde Besetzung ließe sich organisatorisch im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts nicht verwirklichen. Deshalb sei es aus diesen praktischen Gründen einfacher, gleich am herkömmlichen Verfahren der Hinzuziehung eines Gutachters festzuhalten²⁵⁸³.

Zum Teil wurde auch an eine eigene Medizingerichtsbarkeit gedacht, der Gedanke aber sofort wieder verworfen. Eine weitere Fachgerichtsbarkeit verursache zu viele Kosten und mit einer eigenen Gerichtsbarkeit könnte die Entfremdung vom übrigen Recht einhergehen. Vor allem aber würde das bestehende Nebeneinander der verschiedenen Verfahren durchaus Sinn machen, da die einzelnen Verfahren verschiedenen Zielen dienen. Deshalb wäre eine solche Differenzierung auch innerhalb der neuen Fachgerichtsbarkeit erforderlich. Damit aber wäre der Aufwand nicht mehr zu rechtfertigen, da das eine Nebeneinander verschiedener Ansprüche und Verfahren nur durch ein anderes abgelöst würde und damit auch noch erhebliche Mehrausgaben verbunden wären²⁵⁸⁴.

(d) Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens

Als Lösungsansatz wurde zuletzt vorgeschlagen, vor die gerichtlichen Auseinandersetzungen ein obligatorisches Schlichtungsverfahren zu stellen, um die wirtschaftlich und persönlich belastenden Haftpflichtprozesse zu vermeiden²⁵⁸⁵.

Dagegen wurde vorgebracht, ein zwingendes Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen als nicht-staatliche Instanzen widerspreche dem Rechtsstaatsprinzip und dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter²⁵⁸⁶. Würde man aber das vorgerichtliche Verfahren dem staatlichen annähern, so würden die bestehenden Vorteile der außergerichtlichen Verfahren, wie etwa die Vergleichsbereitschaft erhöhende Freiwilligkeit, die Kostenfreiheit oder der weniger förmlich ausgestaltete Ablauf wegfallen. Damit wäre keine leichtere Einigung mehr als im Gerichtsverfahren

²⁵⁷⁹ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S.45.

²⁵⁸⁰ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S.45.

²⁵⁸¹ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S.45.

²⁵⁸² Taupitz, ZRP 1997, S.161, 163.

²⁵⁸³ Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen, S.45, 46.

²⁵⁸⁴ Taupitz, ZRP 1997, S.161, 162.

²⁵⁸⁵ DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349, 352.

²⁵⁸⁶ Taupitz, ZRP 1997, S.161, 164.

ren zu erwarten und das Vorverfahren würde die Lösung des Rechtsstreits nur unnötig verzögern und verteuern²⁵⁸⁷.

(5) Sonstige Änderungsvorschläge

Zum Teil wurden auch Vorschläge gemacht, die darauf abzielten, die Arbeit der Gutachter- und Schlichtungsstellen effektiver zu gestalten und ihnen zu mehr Akzeptanz zu verhelfen. So sollten die Patienten an den Stellen etwa durch eine Einbeziehung der Krankenkassen an der Trägerschaft beteiligt werden und bei der Besetzung der Kommissionen sollte auf eine gerechte Interessengewichtung geachtet werden. Zudem wurde eine rasche Sachaufklärung, eine mündliche Erörterung der Gutachten mit den Betroffenen und Maßnahmen zur Beweissicherung gefordert. Die Leitung der Verfahren sollte des Weiteren auf Juristen übertragen werden²⁵⁸⁸. Außerdem wurde angeregt, das Verfahren vor den einzelnen Stellen zu vereinheitlichen²⁵⁸⁹. Zuletzt sollte die Anrufung der Gutachterstelle in Hinblick auf die Unterbrechung der Verjährung einer Klageerhebung gleich gestellt werden²⁵⁹⁰.

In Bezug auf die vorgeschlagenen Änderungen am Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen wurde der Forderung, der Patientenseite dort eine Einflussmöglichkeit zu verschaffen, folgendes entgegengehalten: Ein Vorteil dieser Gremien gegenüber den zivilrechtlichen Verfahren bestehe gerade darin, über die Fälle in einem weitgehend von Emotionen freien Verfahren verhandeln zu können. Dieser Vorteil wäre durch eine Beteiligung von Patientenvertretern gefährdet. Andererseits könnten diese zur Begutachtung der Fälle keinen eigenen, weiterführenden Beitrag leisten. Die Interessen der Patientenseite seien zudem hinreichend dadurch gewahrt, dass bei manchen Stellen ein teilnehmender Arzt oder Jurist durch die Patientenseite benannt werden könne²⁵⁹¹.

Man glaubte ferner, nicht zuletzt durch eine gezielte und konsequente Kontrolle des medizinischen Leistungsstandards die Zahl der Arzthaftungsverfahren senken zu können²⁵⁹².

(6) Zusammenfassung

Betrachtet man all diese Vorschläge zur Änderung des herkömmlichen Systems, so scheint nur ein Teil davon wirklich zu einer Beseitigung der bestehenden Schwierigkeiten geeignet gewesen zu sein. Einige Ansätze in der Literatur wurden mittlerweile nämlich durch Rechtsprechung oder Gesetzgeber umgesetzt. Andere Modelle allerdings sind aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

Nicht gefolgt werden kann zum ersten der Forderung nach einer Haftungsbeschränkung im Strafrecht. Neben dem schon erwähnten Verlust der Präventionswirkung brächte diese Neuerung vor allem Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen den Fällen der straffreien und der strafwürdigen Fahrlässigkeit. Auch führt wohl schon die Verfahrenswirklichkeit dazu, dass eine strafrechtliche Verurteilung selten wirklich erfolgt und wenn, dann wohl vor allem in Fällen schwerer Pflichtverletzungen. Es bestünde also auch kein praktisches Bedürfnis zu einer Beschränkung der Strafbarkeit. Unberechtigte Anzeigen und die schon mit einem Ermittlungsverfahren verbundenen Belastungen würden außerdem mit einer Einschränkung der Strafbarkeit wohl auch nicht vermieden, da der Grad der Pflichtverletzung erst im Laufe der Ermittlungen festgestellt würde.

²⁵⁸⁷ Taupitz, ZRP 1997, S.161, 164.

²⁵⁸⁸ Thesen zum Referat von Steffen auf dem 52.DJT, S.I 26, 28.

²⁵⁸⁹ Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.43.

²⁵⁹⁰ Thesen zum Referat von Steffen auf dem 52.DJT, S.I 26, 28.

²⁵⁹¹ Kaufmann, Arzthaftungsprozess, S.44.

²⁵⁹² Weißbauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29, 147; Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1, A123.

Auch der Vorschlag einer gesetzlichen Fixierung der Aufklärungspflicht ist abzulehnen. Angesichts der großen Bandbreite der Einzelfälle könnte eine Kodifikation nur in Form einer allgemeinen Norm erfolgen, die dann durch Rechtsprechung und Wissenschaft ausgefüllt werden müsste. Die brächte gegenüber der herkömmlichen Rechtslage keine Verbesserung.

Eine Übernahme des französischen Rechtsinstituts der „perte de chance“, nach dem die Wahrscheinlichkeit der Schadensursächlichkeit des Fehlers für den Umfang des Schadensersatzes maßgeblich sein soll, wäre ebenfalls nicht zu begrüßen, da die Feststellung der Wahrscheinlichkeit zu erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten und damit letztlich zu Rechtsunsicherheit führen könnte. Gegen eine generelle Beweislastumkehr zu Lasten der Ärzte spricht auch das von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung vertretene Argument, dass sie zu einer unbilligen Belastung der Ärzte führen würde, weil diese auf die vielfach schicksalhaften Verläufe keinerlei Einfluss nehmen könnten. Die fehlende Beweisbarkeit ginge dann zu ihren Lasten, obwohl die Krankheit als Anlass für die Behandlung aus der Sphäre der Patienten stammt und damit eher deren Lebensrisiko zuzuordnen ist. Eine Beteiligung von Medizinern an den juristischen Spruchkörpern dürfte an der oben ausgeführten Schwierigkeit der praktischen Umsetzung scheitern. Zuletzt erscheinen auch Änderungen in Bezug auf die Gutachter- und Schlichtungsstellen aus den bereits oben angeführten Gründen nicht angezeigt, zumal sie sich über mehrere Jahrzehnte bewährt haben.

Ein Teil der übrigen Reformvorschläge wurde mittlerweile tatsächlich umgesetzt. So wurde das geforderte Modell der Stufenaufklärung von der Rechtsprechung anerkannt. Auch die Unbilligkeiten bei der Verrichtungsgehilfenhaftung hat der BGH durch eine erweiterte Anwendung der Grundsätze der Organhaftung zu verringern versucht. Ebenso war der BGH in seiner Rechtsprechung vor allem seit Mitte der achtziger Jahre bemüht, zu Gunsten der Ärzte die Aufklärungspflichtverletzung als Auffangtatbestand einzuschränken. Die Forderungen nach einer einheitlichen Verjährung von deliktischen und vertraglichen Ansprüchen sowie die Zahlung von Schmerzensgeld auch bei vertraglichen Pflichtverletzungen wurden durch die Reformen im Schuld- und Schadensersatzrecht erfüllt. Der BGH hat mittlerweile auch die Dokumentationspflicht der Ärzte durch das Einsichtsrecht der Patienten ergänzt. Seit den siebziger Jahren fand außerdem eine zunehmende Konzentration der Arzthaftungssachen an festen Zivilkammern der einzelnen Landgerichte und Oberlandesgerichte statt. Der BGH versuchte außerdem, durch seine Rechtsprechung den Sachverständigenbeweis zu verbessern. Die Anregung, durch eine verstärkte Qualitätskontrolle die Zahl der Arzthaftungsverfahren zu senken, wurde vor allem seit den neunziger Jahren aufgenommen. Somit wiesen die meisten Ansätze zur Modifikation des bestehenden Systems ohne eine grundlegende Reform den richtigen Weg zu einer Verbesserung des Arzthaftungsrechts. Zugleich zeigt sich daran auch die bestehende Wechselwirkung zwischen der Literatur, der Gesetzgebung und der Rechtsprechung.

ff) Zusammenfassung

Die Diskussion über eine Reform des Arzthaftungsrechts war somit einer der Schwerpunkte der wissenschaftlichen Auseinandersetzung seit den siebziger Jahren. Dabei waren die meisten Modelle, obwohl sie durchaus auch ihre Vorteile boten, nicht geeignet, die Probleme in Deutschland mit vertretbarem Aufwand zu lösen. Deshalb schien es am sinnvollsten, an der bisherigen Lösung, der Modifikation des bestehenden Haftungsrechts durch die Rechtsprechung, festzuhalten. Das Haftungssystem war grundsätzlich zur gerechten Erfassung der einzelnen Fälle geeignet, eventuelle Unbilligkeiten konnten durch Fortbildung der Rechtsprechung vermieden werden.

2) Modifikation des Haftungsstandards

Während die Diskussion um die Reform des Arzthaftungsrechts bereits in den siebziger Jahren begonnen und sich dann in den neunziger Jahren fortgesetzt hatte, kam vor allem im Laufe der neunziger Jahre die Frage auf, ob der Haftungsstandard im Arzthaftungsrecht durch tatsächlich gegebene Bedingungen beeinflusst werden könnte. Solche möglichen Faktoren waren zum ersten die Sparzwänge im Gesundheitswesen und zum zweiten die aufkommenden Maßnahmen zur Qualitätssicherung in der Medizin.

a) Wirtschaftlichkeitsgebot

Im Vordergrund stand dabei zunächst die Frage, ob die zunehmend ernste wirtschaftliche Situation im Gesundheitswesen Auswirkungen auf den Sorgfaltsmaßstab für ärztliche Behandlungen haben könnte.

aa) *Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund*

(1) Entwicklung im Gesundheitswesen

Hintergrund für das Aufkommen der Fragen nach der Wirtschaftlichkeit der medizinischen Versorgung waren die stark ansteigenden Kosten im Gesundheitswesen seit dem Zweiten Weltkrieg. Ursachen hierfür waren die demographische Verschiebung in der Altersstruktur der Bevölkerung, die allgemein steigende Lebenserwartung, die technischen Fortschritte im medizinischen Bereich und ein generell erhöhtes Anspruchsdenken in Bezug auf die Versicherungsleistungen²⁵⁹³. Dadurch stiegen die Kosten im Gesundheitswesen immer stärker an. Bereits 1993 zeichnete sich beispielsweise ab, dass das Ausgabenniveau der gesetzlichen Krankenversicherung bis zum Jahre 2000 um 51% steigen sollte²⁵⁹⁴.

(2) Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich

Dass die Frage der Auswirkung dieser Sparzwänge auf die Sorgfaltspflicht der Ärzte und damit das Arzthaftungsrecht nicht nur theoretisch von Bedeutung war, zeigte sich an der Tatsache, dass derartige Fragen immer häufiger auch Gegenstand der Rechtsprechung wurden.

Die Grundlinie zu dieser Fragestellung hatte bemerkenswerterweise bereits das Reichsgericht mit einer Entscheidung vom 29. September 1936²⁵⁹⁵ vorgegeben. Das Gericht hatte hier den Grundsatz aufgestellt, dass eine notwendige oder zumindest hilfreiche Untersuchungsmethode nicht aus Kostengründen unterlassen werden dürfe, und dass andernfalls eine ärztliche Pflichtverletzung vorliege²⁵⁹⁶.

Mit zunehmender Belastung des Gesundheitswesens ergingen dann seit den achtziger Jahren immer häufiger Entscheidungen des BGH, aus denen deutlich wurde, dass zwar bei der Wahl der Behandlungsmethoden und der Beurteilung der ärztlichen Pflichten die Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit des Systems der Krankenversicherung im Auge behalten werden müsse, dass aber der ärztliche Sorgfaltsmaßstab nicht aus finanziellen oder ökonomischen Gründen herabgesetzt werden dürfe²⁵⁹⁷. So sprach er etwa am 28. Juni 1988²⁵⁹⁸ eine Verpflichtung der Krankenhäuser aus, bei entsprechender Indikation auch die besseren Apparate zum Einsatz

²⁵⁹³ Uhlenbruck, MedR 1995, S.427, 427.

²⁵⁹⁴ Uhlenbruck, MedR 1995, S.427, 427.

²⁵⁹⁵ RG DÄBl 1937, S.188.

²⁵⁹⁶ vgl. Liertz/ Paffrath, Handbuch, S.284.

²⁵⁹⁷ Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.64 bis 67.

²⁵⁹⁸ BGH NJW 1988, S.2949 ff.

zu bringen²⁵⁹⁹. Am 30. Mai 1989²⁶⁰⁰ betonte der BGH allerdings wiederum, dass die Patienten nicht automatisch die optimalsten Behandlungsbedingungen zu fordern berechtigt seien. Auch seien bei Wahrung einer unverzichtbaren Basisschwelle des Qualitätsstandards unterschiedliche Behandlungsbedingungen in den verschiedenen Krankentypen hinzunehmen²⁶⁰¹. Anfang der neunziger Jahre entschieden zudem einige Oberlandesgerichte, dass sich die Behandlung an den Gegebenheiten des jeweiligen Krankenhauses und nicht an den optimalsten Methoden orientieren müsse, so lange damit eine medizinisch ausreichende Behandlung gewährleistet werde²⁶⁰². Der BGH betonte am 11. Dezember 1990²⁶⁰³, dass sich ein Krankenhaus bei Nichtanwendung eines teuren Medikaments nicht auf die Unwirtschaftlichkeit der Vorratshaltung berufen dürfe, wenn das Medikament grundsätzlich von Fall zu Fall rechtzeitig beschafft werden könne²⁶⁰⁴. Am 19. August 1998 bekräftigte das OLG Köln²⁶⁰⁵, nicht jeder Patient habe einen Anspruch auf die optimalste und modernste Versorgung, so lange die ihm zugängliche Behandlung einem guten ärztlichen Standard entspreche²⁶⁰⁶. Notfalls müsse, so das OLG Köln²⁶⁰⁷ in einer Entscheidung vom 10. Dezember 1997, das behandelnde Krankenhaus den Patienten an ein besser ausgerüstetes und spezialisiertes Krankenhaus verweisen²⁶⁰⁸.

Die zunehmende Bedeutung wirtschaftlicher Fragen im Gesundheitssystem wurde in jüngster Zeit auch durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁶⁰⁹ zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherungen bei neuen Behandlungsmethoden besonders deutlich²⁶¹⁰. Hier entschied das Bundesverfassungsgericht, dass zwar der Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung auch von finanzwirtschaftlichen Erwägungen bestimmt sein dürfe²⁶¹¹, dass aber eine außerhalb der Schulmedizin liegende Behandlungsmethode dann nicht verwehrt werden dürfe, wenn es sich um eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Krankheit handle, für die keine schulmedizinische, sondern nur eine andere Behandlungsmethode existiere, die eine „auf Indizien gestützte, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf“ verspreche²⁶¹².

Durch diese Rechtsprechung wurde deutlich, dass bei der Festlegung des rechtlichen Sorgfaltsmaßstabes die allgemeinen Grenzen der Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit des Gesundheitssystems nicht vernachlässigt werden durften²⁶¹³. Es wird aber auch erkennbar, dass die Rechtsprechung zwar einerseits versuchte, die Behandlungsträger und damit das System der Krankenversorgung wirtschaftlich

²⁵⁹⁹ BGH NJW 1988, S.2949, 2950; Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.66.

²⁶⁰⁰ BGH NJW 1989, S.2321ff.

²⁶⁰¹ BGH NJW 1989, S.2321, 2322; Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.63.

²⁶⁰² OLG Oldenburg v. 27. Juli 1993, VersR 1995, S.49, 49; OLG Oldenburg v. 12. November 1996, VersR 1997, S.1535, 1536.

²⁶⁰³ BGH NJW 1991, 1543 f.

²⁶⁰⁴ BGH NJW 1991, S.1543, 1544; Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.65.

²⁶⁰⁵ OLG Köln VersR 1999, S.847 f.

²⁶⁰⁶ vgl. Laufs, NJW 2000, S.1757, 1763; OLG Köln VersR 1999, S.847, 847.

²⁶⁰⁷ OLG Köln MedR 1999, S.323, 323.

²⁶⁰⁸ Laufs, NJW 2000, S.1757, 1763.

²⁶⁰⁹ BVerfG NJW 2006, S.891 ff.

²⁶¹⁰ Spickhoff, NJW 2006, S.1630, 1630.

²⁶¹¹ BVerfG NJW 2006, S.891, 893.

²⁶¹² BVerfG NJW 2006, S.891, 894.

²⁶¹³ Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.62.

nicht unnötig zusätzlich zu belasten, andererseits aber auch das Ziel verfolgte, die Behandlung der Patienten nach den gebotenen Standards zu gewährleisten²⁶¹⁴.

(3) Rechtliche Situation

Besondere Brisanz erhielt die Frage des Einflusses wirtschaftlicher Zwänge auf den haftungsrechtlichen Sorgfaltsstandard durch den Erlass des Gesundheitsstrukturgesetzes vom 21. Dezember 1992, mit dem den ausufernden Kosten im Gesundheitswesen entgegengesteuert werden sollte. Man wollte eine Kostenreduzierung erreichen, indem man die Gesamtvergütung und die Ausgaben für Arznei-, Heil- und Hilfsmittel budgetierte²⁶¹⁵. Eine besondere Rolle spielte dabei das kassenärztliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Nach der Wirtschaftlichkeitsprüfung des § 12 Absatz 1 Satz 1 SGB V mussten nämlich die erbrachten Leistungen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“ sein und durften „das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“²⁶¹⁶. „Ausreichend“ sollte eine Leistung dann sein, wenn sie genügend, also nicht mangelhaft oder ungenügend war. Das Kriterium der Zweckmäßigkeit sollte zum Ausdruck bringen, dass mit dem geringsten Aufwand der größtmögliche Erfolg erzielt werden sollte. Die Notwendigkeit sollte dann gegeben sein, wenn die gewährten Leistungen zwangsläufig, unentbehrlich oder unvermeidlich wären, wobei unter mehreren möglichen Mitteln nur das kostengünstigste notwendig sein sollte²⁶¹⁷.

Fraglich war, ob sich diese Normen auf den haftungsrechtlichen Standard der ärztlichen Behandlung auswirken sollten oder konnten. Die Befürchtungen gingen dahin, dass infolge der sozialrechtlichen Zwänge unter Umständen nicht alle Patienten gleichermaßen vom medizinischen Fortschritt profitieren könnten, dass die Rationierung medizinischer Leistungen drohen könnte oder dass die Klinikträger und Ärzte gezwungen sein könnten, von den erreichten, hohen Standards abzuweichen²⁶¹⁸.

Die Neuerungen des Gesundheitsstrukturgesetzes zielten aber mit ihren Einsparungsmaßnahmen nicht auf den vertragsärztlichen Versorgungsauftrag, sondern auf die Honorare der Ärzteschaft. Deshalb sollten sie nach der Gesetzeskonzeption keine Auswirkungen auf die Qualität der ärztlichen Behandlung haben. Die Ärzte durften nicht, um selbst den Wirtschaftlichkeitsprüfungen Stand zu halten, die Kosten auf die Patienten abwälzen oder durch entsprechende Aufklärung und Einwilligung den Qualitätsstandard einer konkreten Behandlung herabsetzen²⁶¹⁹.

Über diese Intention des Gesetzgebers herrschte in der Literatur weitestgehend Einigkeit, und es wurden dafür verschiedenste Argumente angeführt. So habe die Gesetzesbegründung zu § 2 SGB V besonders hervorgehoben, dass die Leistungen der gesetzlichen Krankenversorgung „einem bestimmten Qualitätsstandard“ entsprechen sollten. Zudem sei in § 28 Absatz 1 Satz 2 SGB V festgelegt, dass die Tätigkeit des Arztes solche Maßnahmen umfasse, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig seien. Außerdem werde die Notwendigkeit der Versorgung nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auch durch § 72 SGB V nochmals betont²⁶²⁰ ebenso wie die Tatsache, dass bei der Beurteilung von Qualität und Wirksamkeit der Leistung auch der medizinische Fortschritt zu berücksichtigen sei, jedenfalls in dem Maße, in dem ein neues Verfahren von einem ernst zu nehmenden Teil der medizinischen Wissenschaft bestätigt werde²⁶²¹. Nach diesen im SGB V festgelegten Grundsätzen hätte dem-

²⁶¹⁴ Laufs, NJW 2000, S.1757, 1763.

²⁶¹⁵ Kretschmer, ArztR 2003, S.144, 145; Laufs, NJW 1994, S.1562, 1565; Rumler-Detzel, VersR 1998, S.546, 549.

²⁶¹⁶ Schroeder-Printzen, MedR 1993, S.339, 339.

²⁶¹⁷ Schroeder-Printzen, MedR 1993, S.339, 339.

²⁶¹⁸ Laufs, NJW 1994, S.1562, 1565.

²⁶¹⁹ Steffen, MedR 1995, S.190, 191.

²⁶²⁰ Kullmann, VersR 1997, S.529, 531; Rieger, Lexikon, Kap.750, S.6.

²⁶²¹ Kullmann, VersR 1997, S.529, 532.

nach auch jeder gesetzlich versicherte Patient Anspruch auf eine Behandlung nach den medizinischen Qualitätsanforderungen der Gegenwart, so dass kein Unterschied bestehe zwischen dem sozialversicherungsrechtlichen, dem medizinischen und dem haftungsrechtlichen Standardbegriff²⁶²². Dieser Standard erfahre auch keine Änderung durch das Gebot in § 2 Absatz 1 Satz 2 SGB V, bei der Erbringung von Leistungen das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V zu beachten. Dadurch solle nur sichergestellt werden, dass im Rahmen von Diagnose und Therapie Kosten-Nutzen-Überlegungen angestellt werden und bei gleicher Wirksamkeit die billigere Alternative gewählt würde. Die Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot sollten aber nur die Ärzte treffen und dürften nicht im Wege einer Absenkung des Qualitätsstandards an die Patienten weiter gegeben werden²⁶²³. Für eine Übereinstimmung von sozialrechtlichem und haftungsrechtlichem Standard spreche zudem § 76 Absatz 4 SGB V, wonach für die vertragsärztliche Behandlung die Sorgfaltsanforderungen des bürgerlichen Vertragsrechts maßgeblich seien. Deshalb habe auch der nach medizinischen Kriterien bestimmte Sorgfaltsmaßstab Vorrang vor dem Wirtschaftlichkeitsgebot²⁶²⁴. Dies geböten außerdem das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung und der verfassungsrechtlich garantierte Schutz des Grundrechts auf Leben und Gesundheit aus Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes²⁶²⁵.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte also auch nach dem Gesundheitsstrukturreformgesetz ein Abweichen vom medizinischen Sorgfaltsstandard nicht mit wirtschaftlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt werden können.

(4) Tatsächliche Situation

Dennoch blieb das Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftlichkeitsgebot und ordnungsgemäßer ärztlicher Behandlung aktuell. Die praktischen Auswirkungen der sozialrechtlichen Bestimmungen auf den Behandlungsstandard waren nämlich nicht zu leugnen und die sozialrechtlichen Regelungen wirkten sich zumindest indirekt auf den Standard der ärztlichen Behandlung aus²⁶²⁶. So sollte es Anzeichen dafür geben, dass Ärzte und Krankenhäuser, um ihrerseits Regressforderungen für Überschreitungen des Arzneimittel- oder Heilmittelbudgets zu entgehen, teilweise medizinische Standards nicht mehr einhielten, sondern notwendige Medikamente gar nicht mehr oder nur auf Privatrezept verschrieben²⁶²⁷. Auch nach anderen Angaben schlugen sich die sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitszwänge faktisch auf die Qualität der Behandlung und der Verordnungen nieder. So sollten sie einerseits Versuche der Ärzte nach sich ziehen, den Punktwertverfall durch mehr Leistungen zu kompensieren, andererseits zu Sparmaßnahmen durch die Abkürzung von Diagnoseuntersuchungen oder das Verschieben von Therapien veranlassen²⁶²⁸.

Somit wirkten sich die wirtschaftlichen Zwänge entgegen der Intention des Gesetzgebers doch auf die konkrete Wahl der Behandlungsmittel aus und man sah sich mit dem Problem konfrontiert, ob und wenn ja in welcher Weise die wirtschaftlichen Zwänge im Gesundheitssystem Auswirkungen auf die Sorgfaltsanforderungen im Arzthaftungsrecht haben durften.

bb) Reaktionen und Lösungsansätze in der Literatur

Entsprechend dieser Entwicklung gewann das Verhältnis der Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Behandlungen zum Haftungsmaßstab auch in der literarischen Diskussion

²⁶²² Kullmann, VersR 1997, S.529, 532; Rieger, MedR 1996, S.147, 147.

²⁶²³ Kullmann, VersR 1997, S.529, 532; Rumler-Detzel, VersR 1998, S.546, 549.

²⁶²⁴ Rieger, Lexikon, Kap.750, S.6.

²⁶²⁵ Rieger, Lexikon, Kap.750, S.6.

²⁶²⁶ Rieger, MedR 1996, S.147, 147.

²⁶²⁷ Kretschmer, ArztR 2003, S.144, 147; Kullmann, VersR 1997, S.529, 532.

²⁶²⁸ Kretschmer, ArztR 2003, S.144, 147; Steffen, MedR 1995, S.190, 191.

seit Beginn der neunziger Jahre zunehmend an Bedeutung²⁶²⁹. Gegenstand dieser Überlegungen war das Verhältnis der gesetzlichen Vorgaben des Sozialrechts zu den gesetzlichen Haftpflichtregeln, das von Seiten des Gesetzgebers ungeklärt und mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung nur als schwer zu vereinbar gesehen wurde²⁶³⁰. Man kam dabei in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu dem grundsätzlichen Ergebnis, dass der Haftungsmaßstab zwar nach medizinischen Kriterien bestimmt werden müsse, dass dabei aber auch die Finanzierbarkeit der entsprechenden Maßnahme nicht aus den Augen verloren werden dürfe²⁶³¹. Grundsätzlich müsse die Gewährleistung einer medizinisch sinnvollen Behandlung im Vordergrund stehen, und auch bei Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Gesichtspunkte müsse ein gewisser Spielraum für Diagnose und Therapie bleiben²⁶³².

Dazu, wie man im einzelnen haftungsrechtliche Sorgfalt und sozialrechtliche Wirtschaftlichkeit in Einklang bringen sollte, wurden verschiedene Ansätze vertreten.

Zum Teil wurde gefordert, die Spannungen zwischen Haftungsrecht und Wirtschaftlichkeitsgebot durch eine entsprechende Auslegung des Wirtschaftlichkeitsprinzips zu entschärfen. Die haftungsrechtliche Bedeutung der Abwägung von Kosten und Nutzen einer Behandlung sollte dabei nur so weit gehen, dass von zwei möglichen aber gleichwertigen Therapien stets die kostengünstigere zu wählen sei. Im Übrigen seien haftungsrechtlicher und krankenversicherungsrechtlicher Standard im Wesentlichen gleich²⁶³³.

Eine andere Ansicht forderte, zur Lösung des Konflikts zwischen Wirtschaftlichkeitsgebot und Sorgfaltsstandard müssten alle Beteiligten zusammen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Beschränkungen den maßgeblichen Normalstandard für den Umfang der ärztlichen Behandlung bestimmen. Das auf die Individualbeziehungen zwischen dem Arzt und dem Patienten ausgerichtete Zivilrecht sei dazu nicht geeignet, da es die durch den allgemeinen wirtschaftlichen Zustand des Gesundheitswesens vorgegebenen Grenzen nicht umfasse. Es müssten von medizinischer Seite außerdem ethische Kriterien dafür entwickelt werden, wie weit wirtschaftliche Aspekte in die Behandlung des einzelnen Patienten einwirken dürfen. Grenze für all diese erforderlichen Regelungen sollten die ärztlichen Regeln und die „medizinischen Notwendigkeiten zur Erhaltung der grundrechtlich geschützten Gesundheit“ sein, die im Zweifel Vorrang vor sozialrechtlichen Zwängen hätten²⁶³⁴. Außerdem dürften die Ärzte die gegen sie gerichteten Sparzwänge nicht auf die Patienten abschieben, etwa durch die Absenkung der Behandlungsqualität oder durch Vereinbarung eines niedrigeren Haftungsstandards²⁶³⁵. Auch eine bloße Aufklärung genüge nicht, um den ärztlichen Behandlungsstandard rechtlich unanfechtbar herabzusetzen²⁶³⁶. Notfalls müssten eben die Ärzte gegen die Einschränkung ihrer Rechte vorgehen²⁶³⁷.

Zum Teil wurde in der Literatur angenommen, dass angesichts der schwierigen Haushaltslage und der Tatsache, dass neue und effektivere Behandlungsmethoden meist kostenintensiver seien als die herkömmlichen, damit zu rechnen sei, dass nicht alle optimierten Standards Gegenstand der kassenärztlichen Leistung sein

²⁶²⁹ Laufs, NJW 1992, S.1529, 1536; Rieger, MedR 1996, S.147, 147; Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1705; Spickhoff, NJW 2004, S.1710, 1714; Spickhoff, NJW 2005, S.1694, 1697.

²⁶³⁰ Laufs, NJW 1993, S.1497, 1504; Laufs, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage, S.939; Rieger, MedR 1996, S.147, 147.

²⁶³¹ Laufs, NJW 1994, S.1562, 1565; Laufs, NJW 1995, S.1590, 1597; Laufs, NJW 1997, 1609, 1610.

²⁶³² Laufs, NJW 1994, S.1562, 1565, 1566; Laufs, NJW 1997, 1609, 1610.

²⁶³³ Hart, MedR 1996, S.60, 70; Kern, MedR 2004, S.300, 302.

²⁶³⁴ Deutsch, VersR 1998, S.261, 265; Steffen, MedR 1995, S.190, 190.

²⁶³⁵ Kullmann, VersR 1997, S.529, 532; Steffen, MedR 1995, S.190, 191.

²⁶³⁶ Hart, MedR 1996, S.60, 69.

²⁶³⁷ Kullmann, VersR 1997, S.529, 532.

könnten²⁶³⁸. Deshalb müsse, um die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung der Ärzte kalkulierbar zu halten, der Haftungsmaßstab durch eine Vereinbarung zwischen Arzt und Patient über Art und Umfang der Behandlung festgelegt werden. Das nötige Wissen hierzu solle dem Patienten durch eine gesteigerte Informations- und Aufklärungspflicht des Arztes vermittelt werden²⁶³⁹. Daneben wurde die Definition eines kassenärztlichen Standards und eine Regelung zu der Frage, wie der mögliche Unterschied zwischen kassenärztlichem und allgemeinem Standard überwunden werden könnte, gefordert²⁶⁴⁰.

Ein ähnlicher Ansatz wollte den Gewissenskonflikt der Ärzte dadurch lösen, dass bereits bei der Festlegung des medizinischen Standards für das Zivil- und Strafrecht die Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen berücksichtigt werden sollte. Dabei müsse jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Mindeststandard an Gesundheitsschutz gewährleistet bleiben. Diese Absenkung des ärztlichen Sorgfaltsmaßstabes sollte durch verstärkte Pflichten des Arztes ausgeglichen werden, den Patienten so eingehend zu informieren und aufzuklären, dass er in die Lage versetzt werde, sich selbst für ein anderes Behandlungsverfahren zu entscheiden und dafür selbst die Kosten zu übernehmen²⁶⁴¹.

cc) Ergebnis

Schließlich setzte sich als in Rechtsprechung und Literatur der Gedanke durch, der den einzelnen Modellen trotz ihrer Unterschiede gemeinsam war, nämlich, die wirtschaftlichen Gegebenheiten bei der Festlegung des haftungsrechtlichen Standards zu berücksichtigen²⁶⁴². Die Standards sollten somit nicht mehr nur nach medizinischen, sondern zumindest auch nach finanziellen Gesichtspunkten festgelegt²⁶⁴³ und dabei allerdings der medizinische Normalstandard nicht unterschritten werden²⁶⁴⁴.

Der Konflikt zwischen medizinischen Anforderungen und wirtschaftlichen Zwängen soll also vermieden werden, indem er schon bei der Festlegung des für die Behandlungsmaßgeblichen Standards einbezogen wird. Diese Entwicklung könnte durch die Einführung der sogenannten Indikationsbezogenen Fallpauschalen (DRG) und des „Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen“ (§ 139 a SGB V) zusammen mit der weiterhin angespannten wirtschaftlichen Lage der Krankenkassen noch verstärkt und beschleunigt werden²⁶⁴⁵.

b) Qualitätssicherung

Man begann aber seit Anfang der neunziger Jahre nicht nur, auf die Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Behandlung zu achten, sondern man fing auch an, die Güte der medizinischen Versorgung zu betonen, indem man den Blick zunehmend auf Maßnahmen der Qualitätssicherung richtete. Dabei kam auch hier wieder die Frage auf, ob diese tatsächliche Entwicklung über den haftungsrechtlichen Sorgfaltsmaßstab oder das Beweisrecht Einfluss auf das Arzthaftungsrecht ausüben könnte.

²⁶³⁸ Kramer, MedR 1993, S.345, 345.

²⁶³⁹ Kramer, MedR 1993, S.345, 345.

²⁶⁴⁰ Kramer, MedR 1993, S.345, 346.

²⁶⁴¹ Rieger, MedR 1996, S.147, 147.

²⁶⁴² Kretschmer, ArztR 2003, S.144, 148.

²⁶⁴³ Kern, MedR 2004, S.300, 300.

²⁶⁴⁴ Spickhoff, NJW 2004, S.1710, 1714.

²⁶⁴⁵ Kern, MedR 2004, S.300, 303.

aa) Begriff und Durchführung

(1) Begriff

Unter Qualitätssicherung im medizinischen Bereich versteht man das Bestreben, das Verhältnis von Nutzen und Risiko der ärztlichen Behandlung zu optimieren²⁶⁴⁶. Durch sie soll die Qualität der ärztlichen Behandlung mit möglichst wirtschaftlichem Einsatz der Mittel möglichst weit angehoben werden. Daneben soll bei den im medizinischen Bereich Tätigen die Bereitschaft zur Selbstkritik und -kontrolle geweckt und damit die Häufigkeit von Behandlungsfehlervorwürfen gesenkt werden²⁶⁴⁷. Die Maßnahmen sollen ferner dazu dienen, medizinische Standards zu sichern und fortzuentwickeln, Fort- und Weiterbildung sowie fachübergreifendes Zusammenarbeiten zu fördern, Kompetenzen abzugrenzen und personelle, räumliche und apparative Notwendigkeiten hervorzuheben²⁶⁴⁸. Die Qualitätssicherung hat sich gemäß diesen Zielen nach ihrer Einführung immer mehr weg von nachträglicher Überwachung und Kontrolle hin zu einem System der vorbeugenden Fehlervermeidung entwickelt²⁶⁴⁹.

(2) Durchführung

Die gesetzliche Verankerung findet die Qualitätssicherung im SGB V (§§ 135 ff)²⁶⁵⁰. Die entsprechenden Vorschriften wurden durch das Gesundheitsreformgesetz vom 20. Dezember 1988 und das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 eingeführt. Gegenstand der Maßnahmen sollte die Qualität der Behandlung, der Versorgungsabläufe und der Behandlungsergebnisse sein, und es sollte eine vergleichende Prüfung ermöglicht werden²⁶⁵¹. Die Maßnahmen sollten in der Gesetzlichen Krankenversicherung mit Hilfe von Rahmenempfehlungen und Richtlinien bis hin zur Anordnung von Einzelmaßnahmen durch alle im medizinischen Bereich Tätigen umgesetzt werden²⁶⁵². Im wesentlichen blieben die Einzelheiten der Qualitätssicherung, wie etwa die Modalitäten der Erhebung und der Auswertung von Daten, die Umsetzung der Ergebnisse in Richtlinien, Leitlinien oder Empfehlungen, die Kontrolle der Einhaltung oder das Verhängen von Sanktionen bei Verstoß, den einzelnen Ärzten, Krankenhäusern, sonstigen Gesundheitseinrichtungen und übrigen im Medizinbereich Tätigen überlassen²⁶⁵³. Die Ärzte sind standesrechtlich und die Krankenhausträger gesetzlich verpflichtet (§§ 11 MBO, §§ 137, 111 SGB V), an den Qualitätssicherungsmaßnahmen teilzunehmen und sie einzuhalten²⁶⁵⁴. Ein Verstoß gegen die zur Qualitätssicherung aufgestellten Vorschriften etwa in Form von Richtlinien, Leitlinien oder Empfehlungen alleine führt von sich aus weder zu einer zivilrechtlichen noch zu einer strafrechtlichen Haftung des Arztes²⁶⁵⁵. Bei einer fehlenden Mitwirkung oder einem Abweichen von Qualitätssicherungsmaßnahmen kommen aber Sanktionen der Berufsgerichtsbarkeit in Betracht²⁶⁵⁶.

bb) Verhältnis zum Arzthaftungsrecht

Da somit die Qualitätssicherung dazu dient, bestimmte Regeln zur Hebung des Behandlungsstandards und zur Senkung des Haftungsrisikos aufzustellen, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie sich diese Maßnahmen auf das Arzthaftungsrecht auswirken können. Eine unmittelbare Bedeutung für die Arzthaftung könnte die

²⁶⁴⁶ Schneider, MedR 1998, S.151, 151.

²⁶⁴⁷ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 802.

²⁶⁴⁸ Laufs, in: FS Deutsch, S.625, 629.

²⁶⁴⁹ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.296.

²⁶⁵⁰ Schneider, MedR 1998, S.151, 153.

²⁶⁵¹ Krumpaszy/ Sethe, VersR 1998, S.420, 420.

²⁶⁵² Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 800, 801.

²⁶⁵³ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 801, 802.

²⁶⁵⁴ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.297.

²⁶⁵⁵ Schneider, MedR 1998, S.151, 154.

²⁶⁵⁶ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S.297.

Qualitätssicherung nämlich in zweifacher Hinsicht erlangen. Zum ersten käme in Betracht, dass das im Rahmen der Qualitätssicherung geforderte Qualitätsniveau zum verbindlichen Maßstab der ärztlichen Sorgfaltspflicht im Haftungsrecht wird²⁶⁵⁷. Zum zweiten wäre daran zu denken, aus der Teilnahme an der Qualitätssicherung oder ihrer Verweigerung beweisrechtliche Schlüsse zu ziehen²⁶⁵⁸. Diese beweisrechtliche Wirkung könnte darin bestehen, dass bei einem Verstoß gegen die Regelungen und einem entsprechenden Kausalitätsnachweis die Haftung indiziert sein könnte oder dass umgekehrt die Erfüllung der Anforderungen der Qualitätssicherung den Betroffenen haftungsrechtlich entlasten könnte²⁶⁵⁹.

Höchststrichterliche Entscheidungen dazu, wie sich Maßnahmen der Qualitätssicherung allgemein auf das Arzthaftungsrecht auswirken, fehlen. Wichtiger Gegenstand der in diesem Zusammenhang geführten Diskussion sind speziell zwei Mittel der Qualitätssicherung, die Leitlinien und die Richtlinien.

cc) Richtlinien und Leitlinien als besondere Mittel der Qualitätssicherung

Zu den wichtigsten Mitteln der zunehmend an Bedeutung gewinnenden Qualitätssicherung gehören nämlich Richtlinien und Leitlinien, die ärztliche Standards festlegen oder präzisieren²⁶⁶⁰. Die Zahl dieser Leitlinien und Richtlinien war bereits zu Beginn des neuen Jahrtausends fast unübersehbar²⁶⁶¹.

(1) Begriff und Wirkung

Unter Richtlinien versteht man feste, einen Standard vorschreibende, rechtsverbindliche, berufsrechtliche Vorgaben in Bezug auf die Qualität der Behandlung, die keinen Ermessensspielraum lassen. Wenn sie, wie beispielsweise viele Richtlinien der Ärztekammern, als verbindlich angeordnet wurden, kann ein Verstoß gegen sie unmittelbar zu berufsrechtlichen Konsequenzen führen²⁶⁶². Nach der von der Zentralstelle der deutschen Ärzteschaft zur Qualitätssicherung in der Medizin, der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung entwickelten Definition für Richtlinien sollte dieser Begriff „Regelungen des Handelns oder Unterlassens vorbehalten bleiben, die von einer rechtlich legitimierten Institution konsentiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht wurden, für den Rechtsraum dieser Institution verbindlich sind und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich zieht“²⁶⁶³.

Unter Leitlinien versteht man institutionell festgesetzte und in einem geordneten Verfahren zustande gekommene, methodische oder sachliche Regeln, die gutes ärztliches Handeln festlegen²⁶⁶⁴. Die Leitlinien spiegeln den zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung aktuellen Standard der medizinischen Wissenschaft wieder und müssen regelmäßig dem wissenschaftlichen Fortschritt angepasst werden²⁶⁶⁵. Ziel beim Erlass von Leitlinien ist es, die Gesundheitsversorgung zu sichern und zu verbessern, die Bedürfnisse und Einstellungen der Patienten zur Geltung zu bringen, unnötige Maßnahmen und Kosten zu vermeiden, unerwünschte Qualitätsschwankungen zu unterbinden und die Öffentlichkeit aufzuklären über notwendige und allgemein übliche Maßnahmen bei bestimmten Gesundheitsrisiken und Gesundheitsstörungen²⁶⁶⁶. Jede Veröffentlichung einer solchen Leitlinie durch die Ar-

²⁶⁵⁷ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 803.

²⁶⁵⁸ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 804.

²⁶⁵⁹ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 809.

²⁶⁶⁰ Hart, MedR 1998, S.8, 8.

²⁶⁶¹ Rehborn, MDR 2000, S.1101, 1102.

²⁶⁶² Martis/ Winkhart, Arzt Haftungsrecht, S.196; Wienke, MedR 1998, S.172, 172.

²⁶⁶³ Hart, MedR 1998, S.8, 11.

²⁶⁶⁴ Laufs, NJW 1998, S.1750, 1752.

²⁶⁶⁵ Laufs, NJW 2000, S.1757, 1762; Wienke, MedR 1998, S.172, 173.

²⁶⁶⁶ Wienke, MedR 1998, S.172, 173.

beitsgemeinschaft der wissenschaftlichen Fachgesellschaften erfolgt mit folgendem Zusatz: „Die „Leitlinien“ sind für Ärzte rechtlich nicht bindend und haben daher weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung.“²⁶⁶⁷. Die vorgesehene Wirkung der Leitlinien unterscheidet sich somit ganz erheblich von der der Richtlinien. Die Leitlinien sind zwar grundsätzlich bindend, ein Abweichen kann aber aufgrund der Umstände des Einzelfalls angezeigt sein, so dass der Arzt die Letztentscheidung im Einzelfall treffen muss²⁶⁶⁸.

Die Bedeutung der medizinischen Leitlinien begann Mitte der neunziger Jahre ganz erheblich zu wachsen. Im Jahre 1995 hatte der sogenannte „Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen“ die wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften nämlich veranlasst, für typische Krankheitsbilder und Situationen Leitlinien für das ärztliche Handeln aufzustellen. Daraufhin wurden allein bis 1998 rund 500 Leitlinien verabschiedet, von denen allerdings nur etwa die Hälfte durch die Vorstände der jeweiligen Gesellschaft bestätigt wurde²⁶⁶⁹. Die Qualitätssicherung erfolgt somit überwiegend durch Leitlinien²⁶⁷⁰.

(2) Verhältnis zum Arzthaftungsrecht

(a) Mögliche Auswirkungen

Da somit sowohl Richtlinien als auch die praktisch besonders bedeutsamen Leitlinien Regeln für das ärztliche Handeln aufstellen, die zumindest grundsätzlich einzuhalten sind, stellt sich die Frage, ob und wie sich diese Regelungen auf das ärztliche Haftpflichtrecht auswirken können und dürfen.

Die mögliche Bedeutung der Richtlinien und Leitlinien im Arzthaftungsrecht wurde wie bei den Qualitätssicherungsmaßnahmen allgemein darin gesehen, dass sie im Arzthaftungsprozess als Anhaltspunkt für den ärztlichen Standard im jeweiligen Fall herangezogen werden könnten²⁶⁷¹. Damit könnten sie sich zugleich auch auf die Beweisführung in derartigen Prozessen auswirken. Bei einem Befolgen der Regelungen könnte man das pflichtgemäße Verhalten des Arztes als indiziert annehmen, so dass der Patient nachweisen müsste, dass eine andere Behandlungsweise angemessen gewesen wäre. Andererseits könnte auch das Abweichen zumindest bei Leitlinien einen ärztlichen Behandlungsfehler vermuten lassen, so dass in diesem Fall der Arzt nachweisen müsste, aus welchem Grund ein Handeln unter Nichtbeachten der Anweisung angezeigt war²⁶⁷².

(b) Rechtsprechung zu Richtlinien und Leitlinien

In der Rechtsprechung fehlt bis heute eine abschließende höchstrichterliche Stellungnahme zur Bedeutung der Richtlinien und Leitlinien im Arzthaftungsrecht²⁶⁷³. Die wenigen Entscheidungen einiger Oberlandesgerichte zeigen die Tendenz, diese Regelungen nicht als verbindlichen Maßstab für die ärztlichen Pflichten oder als Anlass für eine Beweislastumkehr heranzuziehen.

So existiert eine Entscheidung des OLG Hamm vom 27. Januar 1999²⁶⁷⁴, wonach die von der Bundesärztekammer herausgegebenen Richtlinien in Bezug auf den Erkenntnisstand der Medizin nur deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung

²⁶⁶⁷ Bruns/ Pollandt, ArztR 2006, S.88, 88.

²⁶⁶⁸ Laufs, NJW 2000, S.1757, 1762; Wienke, MedR 1998, S.172, 173.

²⁶⁶⁹ Wienke, MedR 1998, S.172, 172.

²⁶⁷⁰ Kolkman, in: Hart, Leitlinien, S.49, 57.

²⁶⁷¹ Bruns/ Pollandt, ArztR 2006, S.88, 88; Dressler, in: FS Geiß, S.379, 381; Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.196.

²⁶⁷² Dressler, in: FS Geiß, S.379, 382; Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.196.

²⁶⁷³ Dressler, in: FS Geiß, S.379, 380; Laufs, in: FS Deutsch, S.625, 631; Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1150, 1153; Wienke, MedR 1998, S.172, 172.

²⁶⁷⁴ OLG Hamm NJW 2000, S.1801ff.

hätten²⁶⁷⁵. Diese Rechtsansicht hat das OLG Hamm in einer Entscheidung vom 9. Mai 2001 bestätigt²⁶⁷⁶. Am 11. Januar 1999 entschied das OLG Hamm²⁶⁷⁷ zu der Frage, ob ein Verstoß gegen die ärztlichen Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften einen groben Behandlungsfehler darstelle. Es kam dabei zu dem Ergebnis, dass man zwar einen groben Behandlungsfehler in einem derartigen Fall nicht grundsätzlich annehmen könne, dass aber doch ein grundloses Nichtbeachten solcher Leitlinien je nach den Umständen des Einzelfalls die Bejahung eines groben Fehlers nahe legen könne²⁶⁷⁸. Somit sollte der Verstoß gegen die Leitlinie alleine noch keine grobe Pflichtverletzung indizieren. Auch die übrige Rechtsprechung der letzten Jahre deutet daraufhin, dass Leitlinien keine besondere Wirkung für das Haftungsrecht entfalten. So hat das OLG Naumburg am 19. Dezember 2001²⁶⁷⁹ entschieden, dass ärztliche Leitlinien lediglich der Information der Ärzteschaft, nicht aber als verbindliche Behandlungsanleitungen dienen sollten²⁶⁸⁰. Auch das OLG Stuttgart²⁶⁸¹ kam in einem Urteil vom 22. Februar 2001 zu dem Ergebnis, aus einem Abweichen von medizinischen Leitlinien könne nicht zwangsläufig auf einen groben Behandlungsfehler geschlossen werden²⁶⁸².

Am 15. Juni 2000 entschied dagegen das OLG Düsseldorf²⁶⁸³, dass der Verstoß gegen Hygienevorschriften in den Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Orthopädie und Traumatologie als grober Fehler eine Beweislastumkehr nach sich ziehe²⁶⁸⁴. Es existieren außerdem auch Anhaltspunkte dafür, dass die Leitlinien bei der Feststellung eines Behandlungsfehlers in den Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen von Bedeutung sind. So bejahte im Jahre 2000 eine Schlichtungsstelle die Schadensersatzansprüche einer Patientin, bei deren Behandlung der Arzt von einer einschlägigen Leitlinie abgewichen sei²⁶⁸⁵.

Die neuste Entscheidung zur Wirkung von Leitlinien stammt vom OLG Hamm vom 6. Mai 2005²⁶⁸⁶. Auch hier bestätigte das Gericht allerdings seine alte Auffassung, dass Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen den für die Haftung des Arztes maßgeblichen Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung nur deklaratorisch, nicht aber konstitutiv wiedergeben²⁶⁸⁷.

(c) Bewertung in der Literatur

Die möglichen Auswirkungen der Leitlinien auf das Arzthaftungsrecht wurden in der Literatur unterschiedlich bewertet. Aufgrund der geringeren praktischen Bedeutung der Richtlinien konzentrierte sich die literarische Auseinandersetzung vor allem auf die Leitlinien. Im Wesentlichen dürften diese Ausführungen aber auch für die haftungsrechtliche Bedeutung der Richtlinien gültig sein.

Ein großer Teil der Literatur lehnte jegliche direkte Auswirkung der Leitlinien auf das Arzthaftungsrecht ab.

²⁶⁷⁵ vgl. Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S.196; OLG Hamm NJW 2000, S.1801, 1801.

²⁶⁷⁶ OLG Hamm OLGReport Hamm 2002, S.176, 176; vgl. Rehborn, MDR 2002, S.1281, 1283.

²⁶⁷⁷ OLG Hamm VersR 2000, S.1373 ff.

²⁶⁷⁸ OLG Hamm VersR 2000, S.1373, 1373; vgl. Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, S.282.

²⁶⁷⁹ OLG Naumburg MedR 2002, S.471 f.

²⁶⁸⁰ OLG Naumburg MedR 2002, S.471, 471; vgl. Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1705.

²⁶⁸¹ OLG Stuttgart MedR 2002, S.650 ff.

²⁶⁸² OLG Stuttgart MedR 2002, S.650, 650; vgl. Spickhoff, NJW 2003, S.1701, 1705.

²⁶⁸³ OLG Düsseldorf VersR 2000, S.1019 ff.

²⁶⁸⁴ OLG Düsseldorf VersR 2000, S.1019, 1021; vgl. Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1150.

²⁶⁸⁵ Berndt/ Fischer, DÄBl 2000, S. A-1942, A-1944.

²⁶⁸⁶ Bruns/ Pollandt, ArztR 2006, S.88, 88.

²⁶⁸⁷ Bruns/ Pollandt, ArztR 2006, S.88, 89.

Zur Begründung wurde als Nachteil der Leitlinien angeführt, dass diese immer nur eine Momentaufnahme darstellen und auch bei ständiger Überarbeitung wohl keine Gewähr für den aktuellen Stand der Wissenschaft bieten könnten²⁶⁸⁸. Deshalb könnten sie nicht als verlässlicher Maßstab für die ärztliche Sorgfalt dienen. Außerdem sei die Aufstellung von Leitlinien mit erheblichen Kosten verbunden²⁶⁸⁹. Für die Entwicklung einer brauchbaren Leitlinie müsste mit mehreren tausend bis einigen hunderttausend Euro gerechnet werden²⁶⁹⁰. Nachteilig in Bezug auf die Leitlinien sei auch, dass die verschiedenen Verfahren ihrer Aufstellung teilweise schwer überprüfbar seien²⁶⁹¹.

Als größte Gefahr bei der Heranziehung der Leitlinien im Arzthaftungsrecht wurde aber angesehen, dass die von der Wissenschaft geschaffenen, sehr anspruchsvollen Standards von den Gerichten als Maßstab für die Feststellung von Sorgfaltspflichtverletzungen herangezogen werden könnten. Damit könnten Standards eingefordert werden, die das in der Lebenswirklichkeit Übliche übersteigen²⁶⁹². Dies würde sich dann nicht nur beim Festlegen des Maßstabs der vom Arzt zu erbringenden Sorgfalt auswirken, sondern würde zusätzlich über die oben geschilderte Umkehr der Beweislast auch die prozessuale Lage der Behandlungsseite verschlechtern²⁶⁹³. Ein weiterer Weg, auf dem die an sich unverbindlich angelegten Leitlinien mit ihrem hohen Standard entscheidenden Einfluss auf die gerichtliche Entscheidungsfindung erlangen könnten, wäre der, dass sich die vom Gericht herangezogenen Sachverständigen der Leitlinien als Grundlage ihrer Gutachten bedienen könnten²⁶⁹⁴. Folge dieser mehrfachen Übertragung der sehr hohen Standards auf das Haftungsrecht wären ein starker Anstieg der Haftungsfälle und als Reaktion hierauf ein Wechsel hin zur defensiven Medizin²⁶⁹⁵. Damit wäre der Zweck der Leitlinien, der Qualitätssicherung im medizinischen Bereich zu dienen, verfehlt, und zudem wäre ein enormer Kostenanstieg im Gesundheitswesen zu erwarten²⁶⁹⁶.

Die möglichen Auswirkungen der Leitlinien auf das Haftungsrecht wurden aber nicht nur als negativ beurteilt, sondern ein Teil der Literatur hat auch durchaus einige positive Aspekte gesehen.

Die Regelungen könnten beispielsweise zu einer bedeutenden Rationalisierung im Haftungsprozess führen. Der Sachverständige erhalte eine gute Grundlage für seine Gutachten und das Gericht werde durch die Leitlinien in die Lage versetzt, die Aussagen des Sachverständigen besser nachvollziehen und kontrollieren zu können²⁶⁹⁷. Auch wäre es durch die Leitlinien für das Gericht wesentlich einfacher, den medizinischen Standard im betreffenden Fall festzustellen²⁶⁹⁸. Die Leitlinien könnten außerdem, wie bereits ausgeführt, die Beweisführung erleichtern und die Beweislastverteilung beeinflussen²⁶⁹⁹. Zudem könnte das Befolgen der Leitlinien den Entlastungsbeweis im Rahmen des § 831 BGB erleichtern²⁷⁰⁰. Die Leitlinien könnten damit die Haftungssituation der Ärzte verbessern, die bei deren Einhaltung in der Regel nicht behandlungsfehlerhaft gehandelt hätten²⁷⁰¹. Da die Leitlinien auch einen

²⁶⁸⁸ Fastabend, NZS 2002, S.299, 306; Kolkmann, in: Hart, Leitlinien, S.49, 57.

²⁶⁸⁹ Kolkmann, in: Hart, Leitlinien, S.49, 59.

²⁶⁹⁰ Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61, 71.

²⁶⁹¹ Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61, 68.

²⁶⁹² Wienke, MedR 1998, S.172, 172.

²⁶⁹³ Wienke, MedR 1998, S.172, 173, 174.

²⁶⁹⁴ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 806; Wienke, MedR 1998, S.172, 174.

²⁶⁹⁵ Wienke, MedR 1998, S.172, 172.

²⁶⁹⁶ Wienke, MedR 1998, S.172, 172.

²⁶⁹⁷ Hart, MedR 1998, S.8, 13.

²⁶⁹⁸ Dressler, in: FS Geiß, S.379, 384, 385; Hart, MedR 1998, S.8, 13.

²⁶⁹⁹ Hart, MedR 1998, S.8, 13.

²⁷⁰⁰ Hart, MedR 1998, S.8, 14.

²⁷⁰¹ Hart, MedR 1998, S.8, 14.

gewissen Handlungsspielraum ließen, ermöglichten sie trotz der Reglementierung, dass der einzelne Arzt noch eine am Einzelfall orientierte Entscheidung treffen könnte und nicht aus Angst vor einer möglichen Haftung Schutz in einer defensiven Medizin suchen müsste²⁷⁰². Sie würden somit wertvolle Erleichterungen im Arzthaftungsprozess bringen, ohne die Freiheit der Ärzte zu weit einzuschränken.

Als Voraussetzung für eine derartig weit reichende Wirkung der Leitlinien wurde allerdings gefordert, dass das Verfahren ihrer Festlegung gewissen „Seriositätsindizes“ genügen müsse²⁷⁰³. Um die Leitlinien als verbindlich anerkennen zu können, müsse vor allem für ihre Formulierung ein einheitliches und durchsichtiges Verfahren entwickelt werden²⁷⁰⁴. Von besonderer Bedeutung seien daher die von der Zentralstelle der deutschen Ärzteschaft zur Qualitätssicherung in der Medizin aufgestellten und von der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung verabschiedeten und veröffentlichten „Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung“. Mit ihnen sei die Voraussetzung dafür geschaffen, dass die Fachgesellschaften zukünftig einheitliche Anforderungen an die Aufstellung von Leitlinien vereinbaren könnten²⁷⁰⁵. In Ergänzung zur Aufstellung dieser Beurteilungskriterien wurden diese von der ärztlichen Zentralstelle für Qualitätssicherung zu einer Checkliste zusammengefasst, die eine formalisierte Bewertung von Leitlinien ermöglichen soll²⁷⁰⁶ und bei deren Aufstellung helfen könnte. Neben der Einhaltung dieser Kriterien wurde gefordert, beim Aufstellen der Leitlinien müssten die Aspekte der Qualitätssicherung deutlich von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen getrennt werden²⁷⁰⁷ und schon bei Erstellen der Leitlinien deren etwaige rechtliche Bedeutung im Blick behalten werden²⁷⁰⁸. Voraussetzung dafür, den Inhalt der Leitlinien als medizinischen Standard auch im Haftungsprozess anerkennen zu können, sei ferner die ständige Aktualisierung und Anpassung der Regelungen an den neuesten Stand der medizinischen Wissenschaft²⁷⁰⁹. Daneben müsse ein verlässliches Verfahren entwickelt werden, um die Anforderungserfüllung im Einzelfall überprüfen zu können²⁷¹⁰. Bei der Anwendung der in den Leitlinien festgelegten Standards im Arzthaftungsverfahren müsste außerdem der Sachverständige genau prüfen, ob die Leitlinie auch den jeweiligen Einzelfall umfasse und ob sie tatsächlich den aktuellen Stand der Medizin widerspiegle²⁷¹¹.

Eine Überprüfung von 329 von der Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich-medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten Leitlinien anhand der Checkliste der ärztlichen Zentralstelle für Qualitätssicherung ergab entgegen diesen Forderungen allerdings im Jahre 1997, dass keine einzige Leitlinie alle formalen Kriterien erfüllte und dass bei einem Großteil der Regelungen grundlegende Qualitätskriterien nicht beachtet worden waren²⁷¹².

(d) Stellungnahme

Die weitere Entwicklung bleibt mangels höchstrichterlicher Entscheidung somit abzuwarten. Für eine nicht nur deklaratorische sondern konstitutive Bedeutung der Leitlinien und Richtlinien könnte die gesetzliche Regelung in den §§ 16 Absatz 1 Satz 2 Transplantationsgesetz und 12 Absatz 1, 18 Absatz 2 Transfusionsgesetz

²⁷⁰² Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61, 67.

²⁷⁰³ Hart, MedR 1998, S.8, 13.

²⁷⁰⁴ Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61, 68.

²⁷⁰⁵ Hart, MedR 1998, S.8, 13.

²⁷⁰⁶ Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61, 70.

²⁷⁰⁷ Hart, MedR 1998, S.8, 14.

²⁷⁰⁸ Wienke, MedR 1998, S.172, 174.

²⁷⁰⁹ Dressler, in: FS Geiß, S.379, 382.

²⁷¹⁰ Hart, MedR 1998, S.8, 13.

²⁷¹¹ Dressler, in: FS Geiß, S.379, 383.

²⁷¹² Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61, 71.

sprechen, wonach vermutet werden soll, dass der Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eingehalten wurde, wenn die entsprechenden Richtlinien der Bundesärztekammer eingehalten worden seien²⁷¹³. Es handelt sich hierbei aber um nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähige Sondervorschriften. Zudem beziehen sich die angeführten Regelungen auf Richtlinien, bei denen aufgrund ihrer bindenden Wirkung im Gegensatz zu Leitlinien eine weitreichendere Wirkung eher gerechtfertigt werden könnte.

Insgesamt wäre es zudem wohl eher zu begrüßen, wenn die Bedeutung der Richt- und Leitlinien in der Arzthaftpflichtrechtsprechung in die vom OLG Hamm eingeschlagene Richtung ginge. Einer Eignung als genereller Maßstab dürfte nämlich entgegenstehen, dass die Aktualität der in den Regelungen festgelegten Standards schwer zu garantieren sein dürfte. Auch handelt es sich bei den Haftungsverfahren um Einzelfälle, auf deren Besonderheiten bei der Erstellung des gerichtlichen Gutachtens und der richterlichen Entscheidungsfindung ganz besondere Rücksicht genommen werden muss²⁷¹⁴. Die in den Leit- und Richtlinien festgelegten Standards eignen sich als Ergebnis der Auswertung von Statistiken nur bedingt zur Beurteilung dieser individuellen Fälle²⁷¹⁵. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Leitlinien nicht verbindlich sind, sondern einen Ermessensspielraum offen lassen. Genau so wie bei der Anwendung der Regeln bei der Behandlung in jedem einzelnen Fall geprüft werden muss, ob ein Abweichen von den allgemeinen Regeln angezeigt erscheint, muss nämlich diese Frage auch bei der gerichtlichen Untersuchung der erfolgten Behandlung gestellt werden. Letztlich muss also doch auch zur gerichtlichen Beurteilung des ärztlichen Handelns eine Einzelfallprüfung durchgeführt werden. Die Erleichterung im Haftungsrecht durch die Anwendung von Richt- und Leitlinien wäre somit nur eine scheinbare. Deshalb dürfte es sinnvoll sein, bei einem Verstoß nicht einen Behandlungsfehler als indiziert anzusehen, sondern die Leitlinien und Richtlinien wie die Aussage oder das Gutachten eines Sachverständigen zu würdigen, solange und soweit sie nicht durch einen Sachverständigen relativiert oder widerlegt wurden²⁷¹⁶. Daneben dürften die Maßnahmen der Qualitätssicherung für das Haftungsrecht vor allem insofern indirekt von Bedeutung sein, als das Anheben der Qualität der Behandlung zu einer Verringerung der Behandlungsfehler führen könnte²⁷¹⁷.

3) Einzelfragen

Neben diesen von der Literatur lebhaft diskutierten Fragen zum Arzthaftungsrecht tauchten vor allem in den letzten Jahren noch einige Einzelfragen auf, deren Beantwortung ebenfalls nicht ohne Bedeutung für die Fortentwicklung des ärztlichen Haftungsrechts sein dürfte.

a) Mediation

So stellte man sich etwa zunehmend die Frage, ob die immer stärker aufkommende Mediation als Mittel außergerichtlicher Streitbeilegung auch im Arzthaftungsrecht Verwendung finden könnte.

aa) Begriff und Verfahren

Bislang kam die Mediation besonders bei Streitigkeiten in Ehe oder Familie, bei Nachbarschafts- oder Wirtschaftsangelegenheiten, bei Bausachen und bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zum Einsatz²⁷¹⁸. Alle diese Bereiche sind dadurch gekenn-

²⁷¹³ Rehborn, MDR 2000, S.1101, 1103.

²⁷¹⁴ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 808.

²⁷¹⁵ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 807.

²⁷¹⁶ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 809.

²⁷¹⁷ Steffen, in: FS Deutsch, S.799, 810.

²⁷¹⁸ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 401.

zeichnet, dass es sich um eine zwischen den Beteiligten seit längerem bestehende rechtliche oder persönliche Beziehung handelt, die auch über die aktuelle Auseinandersetzung hinaus fortgesetzt werden soll²⁷¹⁹.

Ziel der Mediation ist es allgemein, ohne Schiedsspruch oder Urteil zu einer einvernehmlichen Lösung zwischen den Parteien zu gelangen²⁷²⁰. Beim Mediationsverfahren stehen sich deshalb die Parteien nicht wie im Gerichtsverfahren als Gegner gegenüber und der Ablauf ist weniger formalisiert als vor Gericht oder den Gutachter- und Schlichtungsstellen²⁷²¹. Die Parteien erarbeiten unter Moderation des Mediators einen einvernehmlichen Kompromiss²⁷²². Der Mediator hilft ihnen dabei, ihre Positionen möglichst ruhig und sachlich darzustellen, innerhalb gewisser Grenzen miteinander zu verhandeln und zu einer Lösung zu gelangen, die beiden Seiten ein weiteres Zusammenleben, Zusammenarbeiten oder Handeln nicht unmöglich macht²⁷²³. Der Unterschied der Mediation zu einem Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen liegt darin, dass dort der Sachverhalt ermittelt und aus medizinischer Sicht beurteilt wird, um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Behandlungsfehlers festzustellen. In der Regel werden im Gutachter- und Schlichtungsverfahren aber keine Vorschläge zur Beilegung der Streitigkeit gemacht²⁷²⁴.

Über die Ergebnisse der Mediationsverfahren gibt es nur sehr vereinzelt Zahlenmaterial. Danach erreichen die Beteiligten in etwa 90 % der Fälle akzeptable Lösungen. Eine vorzeitige Beendigung des Verfahrens ohne Ergebnis muss etwa in 20 % der Fälle erwartet werden²⁷²⁵.

bb) Einsetzbarkeit im Arzthaftungsrecht

Ob der Einsatz der Mediation auch in Behandlungsfehlerstreitigkeiten sinnvoll ist, wird diskutiert. Es existieren in Deutschland so gut wie keine praktischen Erfahrungen mit dem Einsatz der Mediation in Arzthaftungsstreitigkeiten²⁷²⁶.

(1) Vorteile

Ein Teil der Stimmen in der zu diesem Thema aufkommenden Literatur spricht sich für die Einführung der Mediation auch in Arzthaftungsstreitigkeiten aus.

Als vorteilhaft an der Mediation und als möglicher Grund für deren Einsatz auch in Streitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten wurde angesehen, dass durch die im Mediationsverfahren geführten Gespräche besseres Verständnis beider Seiten füreinander erreicht werden könnte, der Druck einer öffentlichen Verhandlung wegfalle und keine der Parteien in eine defensive Rolle gerate²⁷²⁷. Durch die Mediation könnte zudem die mit der öffentlichen Verhandlung verbundene Publizität und rufschädigende Wirkung, die sich auch auf das Betriebsklima auswirken könne, vermieden werden²⁷²⁸. Zudem wäre der Arzt durch die kooperative Konfliktbeilegung nicht so großem Stress ausgesetzt, der sich nicht zuletzt auch negativ auf seine weitere Arbeit und das Verhältnis auch zu seinen anderen Patienten auswirken könne²⁷²⁹. Ein weiterer vorteilhafter Aspekt der Mediation liege darin, dass hohe Kosten und lange Verfahrensdauer vermieden werden könnten und dass es für die Parteien im Rahmen der Mediation leichter sein kann als bei einer Konfrontation vor Gericht, die

²⁷¹⁹ Kilian, VersR 2000, S.942, 942.

²⁷²⁰ Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1156.

²⁷²¹ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 401.

²⁷²² Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 401.

²⁷²³ Kilian, VersR 2000, S.942, 942; Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 401.

²⁷²⁴ Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1156.

²⁷²⁵ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 401.

²⁷²⁶ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 402.

²⁷²⁷ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 402.

²⁷²⁸ Kilian, VersR 2000, S.942, 943.

²⁷²⁹ Kilian, VersR 2000, S.942, 943.

emotionale Seite des Rechtsstreits zu bewältigen²⁷³⁰. Für die Eignung der Mediation zum Einsatz auch in Arzthaftungsstreitigkeiten spreche des Weiteren die Tatsache, dass die geschädigten Parteien die Ziele, die sie in der Regel mit dem Beschreiten des Rechtsweges verfolgen, besonders gut auch im Rahmen einer Mediation erreichen könnten²⁷³¹. So wollen nach einer englischen Studie 58 % der Kläger ein Schuldeingeständnis des Arztes erhalten, 54 % wollen eine präventive Wirkung erreichen, 50 % erstreben eine detaillierte Ermittlung der Umstände des Geschehens, 46 % wollen vom Schädiger einen Ausdruck des Bedauerns hören, 40 % wollen durch das Verfahren der Gegenseite ihr Leid vor Augen führen, 38 % wollen das Geschehen genau erläutert bekommen, 35 % erwarten, dass die andere Partei die Verantwortung für ihr Handeln übernimmt, 33 % wollen eine Verbesserung der Qualitätsstandards erreichen und 30 % wollen den Standpunkt der Gegenseite nachvollziehen können. Nur 33 % der klagenden Patienten verfolgen den Zweck, einen finanziellen Ausgleich für ihre Schädigung zu erhalten²⁷³². Gerade diese Informations- und Kommunikationsbedürfnisse, die die meisten der klagenden Patienten zur Einleitung eines Gerichtsverfahrens veranlassen, könnten durch eine Mediation besonders gut erfüllt werden, da hierbei gegenseitige Information stattfinden, ein besseres Verständnis des Geschehens erreicht werden und die persönliche Befassung mit den Problemen ermöglicht werden soll²⁷³³.

(2) Nachteile

Es werden aber von der Gegenansicht auch eine ganze Reihe triftiger Argumente gegen die Etablierung der Mediation in Arzthaftungsstreitigkeiten angeführt.

Zum ersten seien Gegenstand der Auseinandersetzungen zwischen Ärzten und Patienten häufig Gesundheitsschädigung großer Schwere, die das Leben der Betroffenen stark beeinträchtigen. Deshalb sei die Ausgangssituation eine wesentlich andere als in den typischen Fällen der Mediation, in denen es wie bei Ehe- oder Nachbarschaftsstreitigkeiten darum ginge, zwischenmenschliche Beziehungen im gemeinsamen Interesse wiederherzustellen²⁷³⁴. Man treffe zudem bei Arzthaftungsstreitigkeiten oft auf verhärtete Fronten, so dass eine konsensuale Lösung nicht mehr möglich sei²⁷³⁵. Dazu komme, dass Vergleiche über große Schäden häufig nicht vollkommen befriedend wirkten, sondern nicht selten dennoch Rechtsstreitigkeiten etwa über die Höhe des streitgegenständlichen Anspruchs nach sich zögen²⁷³⁶. Als problematisch wurde ferner angesehen, dass bei Streitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten in der Regel medizinische Sachfragen im Mittelpunkt stünden, die nur mit Fachwissen und nicht durch Verhandlungen gelöst werden könnten²⁷³⁷.

Darüber hinaus seien einzelne Versuche, die Mediation in Arzt-Patienten-Streitigkeiten einzusetzen, bislang wenig erfolgreich gewesen. Ein Mitglied einer Gutachterkommission berichtete davon, in einzelnen Fällen versucht zu haben, mithilfe der Mediation zu einer Konfliktlösung zu kommen, jedoch immer ohne Erfolg²⁷³⁸. Auch die Erfahrungen mit der Mediation in Arzthaftungsverfahren in anderen Ländern sprechen nicht für eine Eignung des Verfahrens zur endgültigen Konfliktlösung in diesem Bereich. So konnten etwa in Wisconsin, wo die Mediation obli-

²⁷³⁰ Kilian, VersR 2000, S.942, 947; Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 397; Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1156.

²⁷³¹ Kilian, VersR 2000, S.942, 943.

²⁷³² Kilian, VersR 2000, S.942, 943.

²⁷³³ Kilian, VersR 2000, S.942, 943.

²⁷³⁴ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 403.

²⁷³⁵ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 403.

²⁷³⁶ Rehborn, MDR 2001, S.1148, 1156.

²⁷³⁷ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 402.

²⁷³⁸ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 402.

gatorisch ist, in nur rund neun Prozent der Fälle dauerhafte Einigungen erzielt werden, in 70 % der Streitigkeiten folgte auf die Mediation noch ein Gerichtsverfahren²⁷³⁹. In nur 15 % der Fälle ließen die Parteien die Sache auch ohne Einigung auf sich beruhen²⁷⁴⁰. Auch ein Pilotprojekt in England, das im Jahre 1995 begonnen wurde, spricht eher gegen die Eignung der Mediation für Arzthaftungsstreitigkeiten. Hier hatte man sich, um den Justizhaushalt zu entlasten, zum Ziel gesetzt, innerhalb von drei Jahren 40 Arzthaftungsstreitigkeiten durch Mediation beizulegen. Tatsächlich durchgeführt wurden aber nur zwölf Verfahren, da die Mediation nicht auf die nötige Akzeptanz stieß²⁷⁴¹. Hierfür gab es verschiedene Gründe. So war die Bereitschaft zur Mediation bei großen Ersatzsummen gering, da für die Sachverhaltsermittlung und eine komplexe Streitigkeit die Einschaltung mehrerer Sachverständiger und die Einhaltung eines geordneten Verfahrens als erforderlich angesehen wurden²⁷⁴². Auch lehnten die Beschuldigten teilweise die Mediation deshalb ab, weil sie befürchteten, dadurch von dem ihnen gemachten Vorwurf nie ganz frei gesprochen zu werden oder dass die finanziellen Folgen belastender sein könnten als die durch einen Urteilsspruch in einer gerichtlichen Verhandlung²⁷⁴³.

Als letztes Argument gegen die Einführung der Mediation in Arzthaftungsverfahren wurde vorgebracht, dass diese deshalb nicht erforderlich sei, weil sich in Deutschland die Gutachter- und Schlichtungsstellen so gut als Mittel außergerichtlicher Streitbeilegung im Arzt-Patienten-Verhältnis etabliert hätten, dass in 90 % der Fälle kein zivilrechtliches Verfahren mehr statt finde. Deshalb erscheine die Einführung eines zusätzlichen Verfahrens mit erheblichem wirtschaftlichem und personellem Aufwand überflüssig²⁷⁴⁴.

(3) Zusammenfassung

Dieser letzten Ansicht ist wohl zuzustimmen. Besonders überzeugend ist dabei der Verweis auf die Gutachter- und Schlichtungsstellen als funktionierendes Institut außergerichtlicher Streitbeilegung. Auch wenn hier je nach Verfahrensordnung nicht immer ein Vergleichsvorschlag am Ende des Verfahrens steht, so wird dennoch in einem sehr großen Teil der Fälle keine weitere gerichtliche Auseinandersetzung mehr gesucht. Zusätzlich hat auch das Gutachter- und Schlichtungsverfahren eine Reihe von Vorteilen, etwa die relativ kurze Dauer oder die niedrigeren Kosten, die auch die Mediation mit sich brächte. Darüber hinaus ist durch die sachkundige Begutachtung der Fälle vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen der besonderen Schwierigkeiten im Arzthaftungsverfahren, nämlich der Aufklärung und Begutachtung des Sachverhalts, genüge getan. Eine Beweisaufnahme wird zwar nicht durchgeführt, aber eine solche fände auch im Rahmen eines Mediationsverfahrens nicht statt. Somit brächte die Mediation keine nennenswerten Vorteile gegenüber den Gutachter- und Schlichtungsstellen, die die Einführung eines weiteren, mit finanziellem und personellem Aufwand verbundenen Instituts außergerichtlicher Streitbeilegung rechtfertigen würden.

b) Telemedizin

Ein ganz neuer Bereich, der sich erst seit wenigen Jahren zu etablieren beginnt, ist die sogenannte Telemedizin. Darunter versteht man den systematischen Einsatz medizinischer Informationen, die über eine relevante räumliche Distanz mittels moderner Datenübertragungstechnik ausgetauscht werden können, insbesondere die Verwendung von Hochtechnologie-Nachrichtennetzen und die damit verbundene

²⁷³⁹ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 402.

²⁷⁴⁰ Kilian, VersR 2000, S.942, 944.

²⁷⁴¹ Kilian, VersR 2000, S.942, 945.

²⁷⁴² Kilian, VersR 2000, S.942, 945.

²⁷⁴³ Kilian, VersR 2000, S.942, 945.

²⁷⁴⁴ Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397, 403.

Steigerung der Übertragungsleistung²⁷⁴⁵. Diese Technologie eröffnet in der täglichen ärztlichen Behandlungspraxis ganz neue Möglichkeiten. So können ohne Zeitverluste weltweit durch die Übertragung der Patientendaten Konsiliarärzte herangezogen werden und es kann von deren Wissen profitiert werden, ohne dass Verlegungen der Patienten nötig sind²⁷⁴⁶. Darüber hinaus eröffnen leistungsfähige bildgebende Verfahren dem „Telearzt“ die Möglichkeit, die konkrete Behandlungssituation genauso wahrzunehmen, als sei er vor Ort. Damit kann er an den Maßnahmen des tatsächlich behandelnden Arztes mitwirken, indem er ihm Ratschläge oder Anweisungen erteilt²⁷⁴⁷. Noch weitergehend könnte sich bald die sogenannte Telechirurgie etablieren, die allerdings vor ein paar Jahren noch lediglich als Experiment mit erheblichem Aufwand praktiziert wurde. Hierbei wirkt der Telearzt nicht nur mittelbar über den vor Ort anwesenden Arzt auf das Behandlungsgeschehen ein, sondern steuert Operationsinstrumente wie Laserpointer oder Endoskope selbst²⁷⁴⁸. Angesichts der hohen Innovationsgeschwindigkeit der Informationstechnologie ist mit einer steigenden Bedeutung der Telemedizin zu rechnen²⁷⁴⁹.

Dabei ergeben sich im Zusammenhang mit der Telemedizin auch neue haftungsrechtliche Konstellationen. So könnte es etwa zur Verpflichtung werden, bei entsprechenden Fällen einen Spezialisten als Telearzt hinzuzuziehen oder die aufgrund der modernen Technologie leichter erreichbaren Befundergebnisse und Behandlungsakten des vorbehandelnden Arztes einzusehen²⁷⁵⁰. Auch muss die Haftungsverteilung zwischen Telearzt und vor Ort anwesendem Arzt und dem Krankenhausträger geklärt werden²⁷⁵¹. Alle diese Fragestellungen dürften sich aber mit dem bisherigen Haftungsinstrumentarium bewältigen lassen, da sie in der Grundkonstellation mit bekannten Problemen übereinstimmen, wie etwa der Haftungsverteilung bei Heranziehung eines herkömmlichen Konsiliararztes²⁷⁵². Dennoch wird das Arzthaftungsrecht auch in Zukunft durch immer neue Fortschritte in der Medizin vor ständig wechselnde Herausforderungen gestellt werden.

VI) Zusammenfassung

Fasst man die Entwicklung des Arzthaftungsrechts seit den siebziger Jahren zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Die beiden geplanten Gesetzesänderungen im Bereich des Arzthaftungsrechts, die EU-Richtlinie zur ärztlichen Dienstleistung und die Vorschläge zur Formulierung eigener Tatbestände im Strafgesetzbuch sind gescheitert.

Eine teilweise Änderung der Rechtslage ergab sich aber dennoch durch Gesetzesänderungen, die nicht auf die Materie der Behandlungsfehlerhaftung unmittelbar abzielten. Die Änderung mit den möglicherweise gravierendsten Folgen für den Arzthaftungsprozess dürfte dabei in der Umkehrung der Beweislast bezüglich des Verschuldens der Pflichtverletzung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§ 280 Absatz 1 Satz 2 BGB) zu sehen sein. Es bleibt hier allerdings abzuwarten, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung die unveränderte Anwendung der neuen Regel auch bei der Haftung für Behandlungsfehler bejahen wird. Durch die Reformen im Verjährungsrecht wurden die vertragliche und die deliktische Verjährungsfrist vereinheitlicht, wodurch Klageerhebungen allein zur Wahrung der deliktischen Ansprüche künftig vermieden werden dürften. Dies um so mehr, als durch die Neuerungen

²⁷⁴⁵ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1070.

²⁷⁴⁶ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1071.

²⁷⁴⁷ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1071.

²⁷⁴⁸ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1071.

²⁷⁴⁹ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1071.

²⁷⁵⁰ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1073.

²⁷⁵¹ Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1073

²⁷⁵² Pflüger, VersR 1999, S.1070, 1074, 1075.

im Schadensrecht nun auch bei vertraglichen Pflichtverletzungen Ausgleich für immaterielle Schäden erlangt werden kann. Die neue Haftung der Sachverständigen nach § 839 BGB könnte den Druck auf die Sachverständigen erhöhen, wenngleich auch nicht übersehen werden darf, dass man nicht wegen einzelner Ausnahmen an der Zuverlässigkeit aller Gutachten zweifeln sollte. Auch die Einflüsse durch die Neuerungen im Zivilprozessrecht dürften nicht allzu groß sein, besonders da auch vorher vielfach schon eine außergerichtliche Beilegung der Streitigkeit vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen gesucht wurde. Insgesamt also erfolgten durch die Reformen keine grundlegenden Änderungen im Arzthaftungsrecht.

Die Zahl der zivilrechtlichen Haftungsverfahren dagegen änderte sich deutlich. Sie hatte seit den siebziger Jahren begonnen, nicht mehr nur kontinuierlich, sondern sprunghaft anzusteigen, ebenso wie die geltend gemachten und zugesprochenen Schadensersatzsummen. Diese Tendenz der Häufigkeit der zivilrechtlichen Behandlungsfehlerverfahren änderte sich bis heute nicht. Die Zahl der strafrechtlichen Ermittlungsverfahren stieg ebenfalls, aber nicht ganz so extrem an und blieb in den letzten Jahren etwa gleich. Insgesamt führte die Zahl der Verfahren vor den Zivilgerichten, den Strafgerichten und den Gutachter- und Schlichtungsstellen zu einer fast unübersehbaren Zahl an Entscheidungen.

Vor diesem Hintergrund fühlte man sich an die Verhältnisse und Entwicklungen im amerikanischen Arzthaftungsrecht erinnert. Deshalb wurden aus Angst vor vergleichbaren Entwicklungen in der Literatur zahlreiche Vorschläge zur Modifikation des Arzthaftungsrechts gemacht. Diese bezogen sich erstmals nicht mehr nur auf die strafrechtliche Rechtslage, sondern auch auf das Zivilrecht oder das Haftungssystem überhaupt. Da jedoch die meisten dieser Reformansätze nicht so hätten umgesetzt werden können, dass die alten Probleme bei der Durchsetzung der Arzthaftungsansprüche gänzlich beseitigt und nicht durch neue, ebenso schwer wiegende ersetzt worden wären, wurde keiner der Vorschläge zu einem Systemwechsel weg von der Verschuldenshaftung vom Gesetzgeber umgesetzt, sondern es blieb bei der flexiblen Fortbildung des Arzthaftungsrechts durch das Richterrecht. Dennoch blieb die Diskussion nicht fruchtlos, da eine Vielzahl der in der Literatur vorgeschlagenen Modifikationen des bestehenden Systems von der Rechtsprechung umgesetzt wurde. Auch die Neuerungen in der Medizin wie etwa die Telemedizin als Beispiel für die neuen Herausforderungen an Mediziner und Juristen werden mit den alten Grundsätzen erfasst werden können.

Die literarische Diskussion seit den neunziger Jahren beherrschten dann vor allem Themen, durch die zum Ausdruck kommt, wie stark die Materie des Arzthaftungsrechts von tatsächlichen Gegebenheiten, Entwicklungen und Zwängen abhängig ist. In Bezug auf die Frage, wie weit das sozialrechtliche Wirtschaftsgebot den Sorgfaltsmaßstab in der Medizin beeinflussen darf, ist es nachvollziehbar, wenn gefordert wird, der Haftungsmaßstab dürfe nicht von wirtschaftlichen Aspekten überlagert werden. Schließlich handelt es sich bei Leben und Gesundheit um die höchsten und grundrechtlich geschützte Güter des Menschen und im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes muss alles daran gesetzt werden, die sogenannte „Zwei-Klassen-Medizin“ zu vermeiden. Aber bei realistischer Betrachtung ist das Berücksichtigen wirtschaftlicher Kriterien bei der Festlegung ärztlicher Standards die einzig vertretbare Lösung. Letztlich ist damit nicht zwangsläufig eine schlechtere Qualität der Behandlung verbunden und bloße Unannehmlichkeiten und Unbequemlichkeiten werden auch in anderen Rechtsbereichen nicht berücksichtigt. Letztlich gebietet auch das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung einen einheitlichen Maßstab für Sozialrecht und Haftungsrecht, um in dem ohnehin schon überwiegend richterrechtlich geprägten Bereich die nötige Rechtssicherheit zu schaffen.

Die Darstellung der tatsächlich begonnenen Qualitätssicherungsmaßnahmen zeigt, dass man angefangen hat, aktiv gegen die steigende Zahl von Arzthaftungsprozessen vorzugehen. In Bezug auf die Richtlinien und Leitlinien bleibt abzuwarten, wie

der BGH in einer ausstehenden Grundsatzentscheidung deren Rolle im Arzthaftungsrecht beurteilen wird. Die Anwendung der verschiedenen Mittel zur Qualitätssicherung darf aber als Erleichterung zur Feststellung des Pflichtenmaßstabs nicht überschätzt werden, da die generellen Erfahrungssätze unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls auf den individuellen Fall angewendet werden müssen.

Um die Abwicklung von Ersatzansprüchen als Folge von Behandlungsfehlern zu erleichtern, wurden als völlig neues Institut nach und nach im gesamten Bundesgebiet außerdem die Gutachter- und Schlichtungsstellen zur außergerichtlichen Streitbeilegung eingerichtet. Diese wurden trotz entgegenstehender Befürchtungen und Kritik allgemein gut angenommen, was sich vor allem an den steigenden Verfahrenszahlen vor diesen Stellen und an der Tatasche erkennen lässt, dass maximal in elf Prozent der Verfahren ein anschließendes Gerichtsverfahren stattfand. Deshalb ist die Frage, ob das neue, und in anderen Bereichen an Bedeutung gewinnende Verfahren der Mediation auch im Arzthaftungsrecht richtungweisend werden könnte, wohl zu verneinen. Mit den Gutachter- und Schlichtungsstellen steht bereits ein Verfahren zur Verfügung, das im Wesentlichen die Vorteile der Mediation besitzt und mit dem man bereits über einen längeren Zeitraum und in einer steigenden Zahl von Fällen positive Erfahrungen gemacht hat. Es besteht also kein Anlass, unter Inkaufnahme erheblichen Aufwandes ein Verfahren einzuführen, mit dem in anderen Ländern im Bereich der Arzthaftung bislang keine guten Erfolge erzielt wurden.

Auch die Rechtsprechung trug seit Beginn der siebziger Jahre weiterhin zu einem Interessenausgleich beider Seiten im Arzthaftungsverfahren bei. Im Gegensatz zu den beiden vorausgegangenen Dekaden, in denen sich die Rechtsprechung hauptsächlich Fragen der Aufklärungspflicht gewidmet hatte, ging die Rechtsprechung angesichts der extrem starken Zunahme von Verfahren dazu über, zu den verschiedensten Fragen des Arzthaftungsrechts eine fast unübersehbare Zahl an Einzelentscheidungen zu treffen, aus denen sich aber Grundsätze und einzelne Entscheidungen von grundlegender Bedeutung in den verschiedensten Bereichen erkennen ließen. Dabei versuchte der BGH zwar in zahlreichen Urteilen etwa durch Haftungserweiterungen bei der Organhaftung und der Anfängeroperation oder durch die Aufstellung zahlreicher ärztlicher Pflichten oder Beweiserleichterungen zu Gunsten der Geschädigten die als unterlegen beurteilte Stellung der Patienten zu verbessern. Er hatte aber ebenso etwa bei der Eindämmung der Aufklärungspflicht als Auffangtatbestand und der Ablehnung einer generellen Beweislastumkehr zu Lasten der Schädiger die Interessen der Ärzteschaft im Auge, auch wenn die Anforderungen gerade etwa im Bereich der Aufklärungspflicht teilweise sehr weitreichend waren und bei der Ärzteschaft teilweise begründet auf Kritik stießen. Seit den neunziger Jahren zeichnete sich ab, dass die Rechtsprechung durch eine fast unüberschaubare Vielzahl von Einzelfallentscheidungen zwar in allen Bereichen weiterentwickelt wurde, dass aber weniger grundlegende und richtungweisende Entscheidungen ergingen als in den Jahrzehnten zuvor. Insgesamt aber versuchte der BGH weiterhin die Interessen der Ärzte und Patienten gleichermaßen zu wahren, wobei die Tendenz aufgrund der vielen Einzelfallentscheidungen deutlich in Richtung „Case Law“ zu zeigen begann.

Insgesamt also hat das Arzthaftungsrecht von den siebziger Jahren bis heute durch den starken Anstieg der Verfahren und die Bemühungen der Rechtsprechung und der Literatur eine bedeutende Fortentwicklung in vielen materiellrechtlichen und prozessualen Fragen erfahren und dadurch deutlich an Struktur und Bedeutung gewonnen. Zudem ist mit den Gutachter- und Schlichtungsstellen ein Instrumentarium zur erleichterten Abwicklung etwaiger Schadensersatzansprüche geschaffen worden. Einige sich tatsächlich stellende Fragen, wie die Auswirkungen der Reform des Leistungsstörungenrechts oder die Bedeutung der praktisch immer wichtiger werdenden Leitlinien, sind bislang nur Gegenstand literarischer Diskussion und harren noch höchstrichterlicher Stellungnahme.

C) Ergebnis

Fasst man die Entwicklung des deutschen Arzthaftungsrechts seit dem Zweiten Weltkrieg zusammen, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Auch in den letzten Jahrzehnten hat die Materie des Arzthaftungsrechts keine gesetzliche Ausgestaltung erfahren. Alle Reformentwürfe scheiterten, die Entwürfe zu einer Festlegung der Arzthaftung im Strafgesetzbuch in den sechziger und neunziger Jahren ebenso wie die Bestrebungen zu einer zivilrechtlichen Kodifikation und die Überlegungen zu einer Europäischen Richtlinie. Auch die Änderungen im Unfallversicherungsrecht haben keine Neuerungen der Rechtslage im Arzthaftungsrecht mit sich gebracht. Einzig die Auswirkungen der Reformen im Schuldrecht, im Schadensersatzrecht und im Zivilprozessrecht haben zu leichten Veränderungen gegenüber der vorherigen Rechtslage geführt, wobei eine höchstrichterliche Entscheidung zur Anwendung des neuen Leistungsstörungenrechts und dessen Beweislastverteilung noch aussteht.

In Bezug auf die Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe hat sich jedoch seit dem Zweiten Weltkrieg ein deutlicher Wandel vollzogen. Auch wenn bis heute kein lückenloses Zahlenmaterial über die laufende Entwicklung vorliegt, lässt sich dennoch die grobe Entwicklung nachvollziehen. Nachdem in den fünfziger und sechziger Jahren die Behandlungsfehlervorwürfe, die an die Versicherungen herangetragen oder vor Gericht Gegenstand einer Klage oder eines Strafverfahrens wurden, zwar stark aber nicht übermäßig angestiegen waren, kam es seit Anfang der siebziger Jahre zu einer besonderen Steigerung, so dass man teilweise von einem fast explosionsartigen Anstieg sprach. Dabei stieg aber nicht nur die Zahl der geltend gemachten Ansprüche, sondern auch die geforderten und ausgezahlten Beträge. Diese Tendenz hielt bis heute in Bezug auf die zivilrechtlichen Klagen und die bei Versicherungen und vor Gutachter- und Schlichtungsstellen geltend gemachten Ansprüchen an, wobei die Zunahme der Verfahren in den neunziger Jahren ansteigend, aber nicht mehr explosionsartig war und die Zahl der strafrechtlichen Verfahren fast stagnierte. Die Zahlen liegen heute etwa bei 30.000 jährlichen Arzthaftungsansprüchen bei den Versicherungen, 3.000 zivilrechtlichen Haftungsklagen und etwas weniger strafrechtlichen Verfahren.

Aufgrund der steigenden Zahl an Behandlungsfehlerverfahren entwickelte sich auch die Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht ganz entscheidend weiter.

Dabei ergingen schon bis in die sechziger Jahre eine Vielzahl von Entscheidungen, die grundlegende Weichenstellungen für die spätere Entwicklung darstellten, wie etwa das bekannte „Myomurteil“, das „erste und zweite Elektroschockurteil“ und das „Strahlenurteil“. Die Rechtsprechung konzentrierte sich dabei zunächst vor allem nur auf Fragen der Aufklärungspflicht, die entscheidend differenziert und verschärft wurde. Folge hiervon war, dass zunächst im Laufe der siebziger und achtziger Jahre die Aufklärungspflichtverletzung zum Auffangtatbestand wurde, bis der BGH diese Tendenz seit Ende der achtziger Jahre wieder einzuschränken versuchte.

Die Rechtsprechung seit den siebziger Jahren dagegen ging wieder dazu über, die Grundlagen des Arzthaftungsrechts in allen Bereichen, nicht nur in Bezug auf die Aufklärungspflicht, festzulegen. Neben der Aufklärungspflicht wurden dabei bald auch andere Themen, wie etwa die ärztliche Sorgfaltspflicht, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr und Fragen der Arbeitsteilung Gegenstand auch grundlegender Urteile. Die Rechtsprechung begann außerdem, sich der in der Öffentlichkeit sehr stark diskutierten Frage des Schadensersatzes für unerwünschte Kinder zu widmen. Aus der Vielzahl der auf einzelne Fälle bezogenen Entscheidungen ragten somit viele Urteile von grundsätzlicher Bedeutung heraus, durch die das Arzthaftungsrecht eine ganz entscheidende Fortentwicklung erlebte. Dies begann sich in den neunziger Jahren allmählich zu ändern. Es erging weiterhin eine Vielzahl von Entscheidungen, jedoch nicht mehr ganz so viele, denen man grundsätzliche Bedeutung

beimessen könnte. Insgesamt wurde aber durch einzelne neue Grundsätze und Fortsetzung der alten Rechtsprechung die Rechtslage weiterentwickelt und auch gefestigt.

Der BGH hat somit vor allem seit den siebziger Jahren die Rechtsprechung so differenziert weiterentwickelt, dass man vom Arzthaftungsrecht als eigenem Rechtsgebiet sprechen kann, in dem trotz seiner Eigenschaft als Richterrecht eine gewisse Rechtssicherheit herrscht. Die Rechtsprechung hat dabei auch kontinuierlich versucht, den Interessen beider Seiten gerecht zu werden.

Auch die Literatur zum Arzthaftungsrecht hat sich seit dem Zweiten Weltkrieg ganz entscheidend weiter entwickelt. Während in den fünfziger und sechziger Jahren keine neuen Diskussionen und Themenkreise aufgekommen waren, entwickelte sich in den siebziger und achtziger Jahren die Reform des Arzthaftungsrechts zum entscheidenden Diskussionspunkt. Angeregt durch den starken Anstieg der Verfahren, das abschreckende Beispiel Amerikas und die Änderungen und Fortschritte im Ausland wurden die verschiedensten Reformansätze mit ihren Vor- und Nachteilen durchdiskutiert. Auch in den neunziger Jahren flammten diese Diskussionen wieder auf, wobei jedoch der größte Teil der Autoren eine grundlegende Neuordnung des Systems nicht als notwendig ansah. Daneben traten tatsächliche Entwicklungen in den Vordergrund, wie etwa angesichts der Sparzwänge im Gesundheitswesen das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot oder angesichts der steigenden Behandlungsfehlerzahlen die Maßnahmen der Qualitätssicherung und deren Auswirkungen auf das Haftungsrecht. Auch neue juristisch-prozessuale Ansätze wie die Mediation wurden in Hinblick auf die Übertragbarkeit auf das Arzthaftungsrecht diskutiert. Angesichts der Ende der siebziger Jahre eingeführten Gutachter- und Schlichtungsstellen, die sich bei der Einigung zwischen Ärzten und Patienten bewährt hatten, sind aber weitere außergerichtliche Einigungsmöglichkeiten überflüssig.

Insgesamt wurde das Arzthaftungsrecht somit durch die enorm ansteigende Zahl von Fällen und die fast unüberschaubare Zahl von Entscheidungen vor allem seit den siebziger Jahren zu einer eigenen Rechtsmaterie weiterentwickelt²⁷⁵³, die auf der Grundlage von Zivil- und Strafrecht durch richterrechtliche Rechtsfortbildung geprägt wurde und wird. Durch eine Vielzahl von Grundsatzentscheidungen besteht in diesem sich ständig wandelnden Gebiet dennoch die nötige Rechtssicherheit.

Teil VI: Schlussbetrachtungen

A) Entwicklung der haftungsrechtlichen Situation des Arztes in den verschiedenen Epochen

Betrachtet man die Entwicklung der Arzthaftung von der Antike bis in die heutige Zeit, so kann man feststellen, dass sie im Wesentlichen von drei Faktoren beeinflusst wurde und wird. Der erste bestimmende Faktor für die Verantwortlichkeit der Ärzte sind die Tatbestandselemente und Rechtsfolgen der die ärztliche Haftung betreffenden Normen. Der zweite Faktor ist die auf der Grundlage dieser Rechtsnormen durch die Rechtsprechung vorgenommene Subsumtion des mit Hilfe der medizinischen Kenntnisse rekonstruierten Sachverhalts und das Anordnen der als angemessen erscheinenden Rechtsfolgen. Der dritte Faktor, der eigentlich nur indirekt auf die Haftung des Arztes wirkt, ist die literarische Diskussion arzthaftungsrechtlicher Fragestellungen, die Einfluss auf die Rechtsprechung, vor allem aber die Gesetzgebung haben kann.

²⁷⁵³ Krumpaszky/ Sethe, VersR 1998, S.420, 428.

Durch das Zusammenwirken dieser Einflüsse hat sich, wie sich aus den vorstehenden Erörterungen ergibt, die Arzthaftung in ihrer heutigen Form entwickelt. Zur Verdeutlichung soll noch einmal die Entwicklung der einzelnen Faktoren und deren Zusammenwirken abschließend dargestellt werden.

I) Entwicklung der Rechtslage

1) Entwicklungsschritte

In der Antike existierten bei einzelnen Völkern verschiedene Rechtsnormen, die zum Teil speziell auf die Haftung des Arztes bei einem Behandlungsfehler ausgerichtet waren, zum Teil aber auch als allgemein gehaltene Schadensersatz- oder Strafnormen auf die Arzthaftung Anwendung fanden. Von besonderer Bedeutung für die spätere Rechtsentwicklung in Deutschland war dabei die römische Lex Aquilia, die sich insbesondere durch ihre präzise Formulierung und die Tatsache auszeichnete, dass sie ein flexibles zivilrechtliches Haftungsinstrumentarium an die Hand gab, während viele andere Normen der Antike ihr Schwergewicht im Strafrecht hatten und nach heutigem Rechtsverständnis drakonische Strafen verhängten.

Die Zeit von der Antike bis etwa ins 18. Jahrhundert war im Zivilrecht zunächst von einer starken, durch die territoriale Zersplitterung bedingten Rechtszersplitterung geprägt. Dies änderte sich erst, als durch die Rezeption des römischen Rechts die Lex Aquilia, wenn auch in leicht abgewandelter Form, als allgemeine Schadensersatznorm wieder Grundlage auch für die zivilrechtliche Haftung des Arztes im Falle eines Behandlungsfehlers wurde.

Auch im Strafrecht herrschte eine starke Rechtszersplitterung mit einigen Spezialnormen für die Aburteilung ärztlicher Behandlungsfehler, wie etwa dem Klagspiegel von 1436. Diese Rechtslage änderte sich mit Erlass der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V., der Carolina von 1532. Da es sich bei der Carolina um ein Reichsgesetz handelte, wurde sie, wenn auch in zunehmend abgewandelter Form, zur Grundlage der arztstrafrechtlichen Haftung, soweit sie nicht von Landesgesetzen verdrängt wurde.

Auch im 18. und 19. Jahrhundert war im Zivilrecht die Lex Aquilia in der überlieferten Form des gemeinen Rechts noch überwiegend Maßstab für die Rechtsfolgen ärztlicher Behandlungsfehler, wurde jedoch in vereinzelt Territorien durch Landesgesetze abgelöst. In den Gebieten ohne eigene Kodifikation fand sie Anwendung bis zum Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900. Aber auch jetzt verlor sie nicht vollständig an Bedeutung, da ihre Grundgedanken in den vom römischen Recht inspirierten Schadensersatznormen des BGB weiterlebten. Ins BGB waren jedoch, wie auch in der ursprünglichen Lex Aquilia, keine Sondervorschriften für das Arzt-Patienten-Verhältnis aufgenommen worden, so dass sich die zivilrechtliche Haftung nach 1900 weiterhin nach den allgemeinen Schadensersatznormen oder nach dem später entwickelten Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung richtete.

Auch im Strafrecht hielt die unübersichtliche Rechtslage im 18. und 19. Jahrhundert zunächst noch an. Neben der Carolina existierten in einzelnen Territorien strafrechtliche Landeskodifikationen, teilweise sogar mit speziellen Vorschriften zur Arzthaftung wie etwa im Codex Maximilianeus, die die Carolina in der Form des gemeinen Rechts in ihrem Anwendungsbereich verdrängten. In einigen Gebieten des Deutschen Reichs aber dauerte die Anwendung der Carolina fort, bis im Jahre 1871 ein einheitliches Strafgesetzbuch für das gesamte Deutsche Reich in Kraft trat.

Somit wurde erst 1871 mit dem Reichsstrafgesetzbuch und 1900 mit dem BGB eine einheitliche Rechtslage in allen deutschen Territorien geschaffen und die alte überlieferte Rechtsordnung durch geschriebene und allgemein gültige Normen ersetzt.

An dieser Rechtslage änderte sich bis heute nicht viel. Das BGB blieb maßgeblich für die zivilrechtliche Haftung des Arztes. Pläne in den siebziger Jahren, das Arzt-Patienten-Verhältnis als Rechtsverhältnis eigener Art in das BGB aufzunehmen, scheiterten. Erst mit der Schuldrechtsmodernisierung und den Reformen im Schadensersatzrecht sowie der Zivilprozessreform traten in den letzten Jahren leichte Änderungen ein, deren Ausmaß aber zum Teil erst nach höchstrichterlichen Stellungnahmen abgesehen werden kann. Auch der Erlass der EU-Richtlinie, die sich auf das deutsche Arzthaftungsrecht hätte auswirken können, unterblieb.

Im Strafrecht trat ebenfalls keine nennenswerte Änderung der Rechtslage ein. Erwähnenswert ist insofern nur die vorübergehende Einführung des § 226a, nach dem von einer Einwilligung abgedeckte Körperverletzungen grundsätzlich nicht rechtswidrig sein sollten. Verschiedenste Anläufe, die Körperverletzungsvorschriften in Bezug auf die Arzthaftung zu ändern und neue Tatbestände speziell für ärztliche Behandlungen und ärztliche Behandlungsfehler einzuführen, scheiterten.

2) Zusammenfassung

Im Wesentlichen wurde das Arzthaftungsrecht seit der Antike somit zunächst auf der einen Seite vom Zivilrecht und auf der anderen Seite vom Strafrecht geprägt. Im Zivilrecht fanden über mehrere Jahrhunderte die Lex Aquilia und deren Modifikationen, die im Zuge der Rezeption des römischen Rechts Bestandteil des gemeinen Rechts worden waren, Anwendung. Sie wurde zwar zum Teil durch landesrechtliche Kodifikationen verdrängt, diese waren aber häufig vom Grundprinzip der Lex Aquilia ähnlich. Schließlich wurde die Rechtslage durch die Kodifikation des Zivilrechts im BGB vereinheitlicht, durch das im Bereich des Haftungsrechts im Wesentlichen die römischrechtlichen Prinzipien festgeschrieben wurden. Da diese Rechtslage bis zur Schuldrechtsmodernisierung keine nennenswerten Änderungen erfuhr, hat sich die zivilrechtliche Haftung des Arztes in den Grundsätzen seit den Römern, wenn auch mit einigen Modifikationen, erhalten.

Im Strafrecht war die Rechtsentwicklung etwas unübersichtlicher. Hier war die Rechtslage über viele Jahrhunderte bis zur Carolina und ihrer Weiterentwicklung im gemeinen Recht sehr uneinheitlich. Auch die Carolina mit ihren Spezialvorschriften zu ärztlichen Behandlungsfehlern wurde zunehmend durch einzelne Landesgesetze abgelöst, bis schließlich durch das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 eine einheitliche Rechtslage geschaffen wurde. Da alle späteren Reformversuche in Bezug auf das Arzthaftungsrecht scheiterten, stimmt diese damals geschaffene Rechtsordnung im Wesentlichen mit dem noch heute gültigen Strafrecht überein.

Da sich an der schließlich schriftlich fixierten Rechtslage im Straf- und Zivilrecht somit wenig änderte und auch keine Spezialnormen zu Beurteilung ärztlicher Behandlungsfehler eingeführt wurden, war die Ausbildung des Arzthaftungsrechts allein auf die Rechtsfortbildung durch die Gerichte angewiesen. Deshalb stiegen mit der Zahl an Arzthaftungsverfahren auch die Chancen zur Fortentwicklung der Materie und zur Schaffung eines Gerüsts von grundlegenden Regeln zum Erlangen eines gewissen Maßes an Rechtssicherheit. Die Rechtsprechung wandte dabei die allgemeinen Vorschriften über deliktischen oder vertraglichen Schadensersatz und die Körperverletzungstatbestände an und vermengte die zivilrechtlichen und die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale immer mehr zu einem einheitlichen Tatbestand für die ärztliche Behandlungsfehlerhaftung.

II) Entwicklung der Häufigkeit der Behandlungsfehlervorwürfe

1) Entwicklungsschritte

Die Entwicklung der Arzthaftung erfolgte aufgrund dieses Zusammenhangs zwischen Zahl der Verfahren und richterrechtlicher Rechtsfortbildung zunächst etwas

verhaltener, weil die Zahl der Behandlungsfehlervorwürfe zunächst nur langsam anstieg.

Aus der Zeit der Antike fehlen jegliche Angaben, wie häufig die teilweise speziell auf die Arzthaftung ausgerichteten Normen Anwendung fanden, auch wenn deren Existenz auf einen gewissen Anwendungsbedarf schließen lässt. Auch bis ins 18. Jahrhundert und sogar bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts sind nur wenige Haftpflichtprozesse überliefert. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts begann die Zahl der veröffentlichten Fälle und Entscheidungen langsam anzusteigen, wobei die absolute Zahl der Arzthaftungsverfahren noch eher gering blieb. Nach 1900 und bis zum Zweiten Weltkrieg stieg die Zahl der Arzthaftungsverfahren weiter an, wobei es sich im Vergleich zu später immer noch um eine verhältnismäßig geringe Anzahl handelte. Nach 1950 war ein deutlicherer Anstieg der Behandlungsfehlervorwürfe zu verzeichnen, der in den fünfziger und sechziger Jahren zwar stärker als zuvor aber noch nicht extrem war. Erst seit den siebziger Jahren war die Zunahme der Verfahren in diesem Bereich so enorm, dass manche Stimmen in der Literatur von einem explosionsartigen Anstieg sprachen. Auch heute ist eine anhaltend steigende Tendenz zu verzeichnen.

2) Zusammenfassung

Man hat also erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts begonnen, Arzthaftungsverfahren zunächst aus medizinischem, später auch aus juristischem Interesse zu veröffentlichen. Seitdem ist ein stetiger und zunehmend stärkerer Anstieg zu verzeichnen, der seit ein paar Jahrzehnten extrem ist und zu einer fast unüberschaubaren Zahl von Entscheidungen geführt hat.

Diese Entwicklung ist durch verschiedene Faktoren zu erklären. Entscheidenden Einfluss auf die Zahl der Behandlungsfehlervorwürfe hat zum ersten der Kenntnisstand in der Medizin. Ein höherer Kenntnisstand erhöht zwar die Chancen für die Kranken, lässt aber auch durch kompliziertere Verfahren neue Gefahrenquellen entstehen. Auch wird mit einer zunehmenden wissenschaftlichen Durchdringung der Behandlungsabläufe erst die Möglichkeit geschaffen, unterlaufene Fehler und die Ursächlichkeit dieser Fehler für bestimmte Schädigungen aufzudecken. Eine weitere Gefahr, die die immer fortschrittlichere Medizin mit sich bringt, ist die, dass durch zunehmende Behandlungsmöglichkeiten auch die Erwartungen der Patienten an die Ärzte immer mehr steigen und sie immer weniger bereit sind, eine misslungene Behandlung als schicksalhaft hinzunehmen. Neben dem Fortschritt in der Medizin hat auch der zunehmende Einfluss des Staates auf die Qualifikation und Ausbildung der Ärzte sowie die Überwachung der Berufsausübung die Ahndung von Behandlungsfehlern erleichtert. Durch die einheitlichen Anforderungen an alle als Arzt Tätigen erhielt man nämlich einen einheitlichen Maßstab zur Beurteilung des ärztlichen Handelns. Auch sollte die Überwachung der Ärzteschaft alte Missstände beseitigen und eine neue Qualität der Behandlung garantieren. Gleichzeitig stieg aber die Zahl der Behandlungsfehler auch deshalb, weil man trotz der staatlichen Überwachung bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts brauchte, um das oftmals schädliche Wirken der Kurfuscher zu beenden. Ganz entscheidend auf die Zahl der Behandlungsfehlervorwürfe wirkte sich nicht zuletzt auch die Änderung des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient aus. Der zunehmende Verlust der Obrigkeitshörigkeit, ein generell gesteigertes Anspruchsdenken und die zunehmende Anonymität im arbeitsteiligen Betrieb von immer mehr Praxen und Krankenhäusern führte dazu, die Hemmschwelle, seinen Arzt zu verklagen, zu dem man früher aufgrund jahrelanger Verbindung eine vertrauensvolle, persönliche Beziehung pflegte, zu senken. Dazu kommt die oft einseitige Berichterstattung in den Medien, die die Konfliktbereitschaft der Betroffenen erhöht. All diese Faktoren haben zusammen dazu beigetragen, dass sich Ärzte zunehmend Behandlungsfehlervorwürfen geschädigter Patienten ausgesetzt sehen.

III) Entwicklung der Rechtsprechung

Der Gestaltungsspielraum der auf das Arzthaftungsrecht anwendbaren allgemeinen Normen und die steigende Zahl an Arzthaftungsverfahren machte es der Rechtsprechung möglich, das Arzthaftungsrecht in seiner heutigen Form als Richterrecht zu entwickeln.

1) Entwicklungsschritte

Wie bereits erwähnt, sind aus der Zeit von der Antike bis ins 18. Jahrhundert so gut wie keine Arzthaftungsfälle überliefert. Aus den einzelnen wenigen veröffentlichten Fällen lassen sich keine Schlüsse auf eine generelle Entwicklung ziehen.

Bei der Überlieferung des Fallmaterials aus dem 18. und 19. Jahrhundert handelt es sich überwiegend um Einzelfälle, in denen keine allgemein gültigen Grundsätze entwickelt und bestätigt wurden. Häufig ist auch die juristische Erfassung der Fälle nur sehr am Rande mitgeteilt, da sie aus gerichtsmedizinischem und weniger aus juristischem Interesse geschildert wurden. Auffällig ist, dass es sich, soweit Urteile oder sogar teilweise Entscheidungsgrundlagen angeführt waren, überwiegend um strafrechtliche Sanktionen auf der Grundlage der Carolina oder der neueren Strafgesetzbücher handelte. Die erste Entscheidung mit grundlegender und richtungweisender Wirkung im Arzt Haftungsrecht war die des Reichsgerichts vom 23. Mai 1894. Die dort getroffene Grundsatzentscheidung, die ärztliche Heilbehandlung als tatbestandsmäßige Körperverletzung einzuordnen, hat bis heute Geltung. Dieses Urteil wird vielfach als „Geburtsstunde des Arzt Haftungsrechts“ bezeichnet.

Nach dieser Entscheidung begann die Rechtsprechung vor allem nach 1900, grundsätzliche Fragen im Bereich der Arzt Haftung zu entscheiden, die heute selbstverständlich erscheinen und zu den Grundlagen des Richterrechts gehören, wie etwa die Notwendigkeit von Einwilligung und Aufklärung, die Grundpflichten des Arztes bei der Behandlung der Patienten und einzelne Fragen in der prozessualen Durchsetzung wie etwa die grundsätzliche Beweislastverteilung im Arzt Haftungsprozess. Diese Entwicklung setzte sich auch nach 1933 fort. Es wurden vor allem die Grundsätze zu Fragen der Einwilligung und Aufklärung, wie etwa der Umfang der Aufklärungspflicht und das mögliche Absehen von Einwilligung und Aufklärung, weitergeführt. Auf dem Gebiet des Prozessrechts wurde begonnen, Beweislastmodifikationen einzuführen. So gab es erste Anzeichen der Beweislastmodifikation beim groben Behandlungsfehler. Der Einfluss der nationalsozialistischen Ideologie auf die Rechtsprechung zum Arzt Haftungsrecht blieb trotz heftiger Kritik in der Literatur sehr gering.

Nach 1950 blieben in den fünfziger und sechziger Jahren Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht, die stark verschärft wurde, immer noch Schwerpunkt der Rechtsprechung. Außerdem wurden die Beweiserleichterungen beim groben Behandlungsfehler erweitert. Daneben gab es aber auch eine Zahl von Einzelfallentscheidungen, die durch die Anwendung bereits entwickelter Grundsätze das Richterrecht festigten, ohne dieses wirklich weiter zu entwickeln. Auch in den siebziger Jahren blieb die Aufklärungspflichtverletzung zunächst noch als Auffangtatbestand von Bedeutung. Die Rechtsprechung bemühte sich aber bald, diesen Klagegrund einzudämmen und ging zur grundlegenden Behandlung von Einzelfragen in allen Bereichen des Arzt Haftungsrechts über, wobei neben den Fragen der ärztlichen Sorgfalt vor allem prozessuale Fragestellungen zunehmend eine Rolle spielten. Neben zahlreichen grundsätzlichen Urteilen ergingen immer mehr Einzelfallentscheidungen. Die Tendenz zu einer immer unübersichtlicheren und differenzierteren Einzelfallrechtsprechung setzte sich vor allem seit den neunziger Jahren fort. Dabei wurden die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Tatbestandselemente immer mehr zu einem einheitlichen Tatbestand der Arzt Haftung vermischt. Da seit den neunziger Jahren eine immer größere Zahl an Einzelfallentscheidungen ergeht, haben erste Autoren begonnen, vom deutschen Arzt Haftungsrecht als einem „Case Law“ zu sprechen.

2) Zusammenfassung

Die rechtliche Überlieferung tatsächlich entschiedener Fälle begann erst im 18. und vor allem 19. Jahrhundert, wobei anfangs die strafrechtlichen Sanktionen für ärztliche Behandlungsfehler im Vordergrund standen. Seit der „Geburtsstunde des Arzthaftungsrechts“ nahm die Rechtsprechung anfangs vor allem Stellung zu Grundfragen der Aufklärungspflicht und deren Verletzung. Hierauf ergingen dann grundlegende Urteile zu allen materiellen Rechtsfragen im Arzthaftungsrecht, zunehmend auch zur prozessualen Durchsetzung. Dabei verschmolzen zivilrechtliche und strafrechtliche Haftungsvoraussetzungen immer mehr. Nach der Entwicklung der Grundlagen zu fast allen im Arzthaftungsrecht auftauchenden Fragestellungen über mehrere Jahrzehnte hinweg, scheint sich die jüngere Rechtsprechung verstärkt mit den Besonderheiten von Einzelfällen auseinander zu setzen. Die Zahl der Entscheidungen ist heute unüberschaubar. Die Rechtsprechung versuchte im Rahmen dieser Entwicklung stets, den Interessen beider Seiten gerecht zu werden.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler folgte somit den tatsächlichen Gegebenheiten und den rechtlichen Bedürfnissen. Zunächst konnten dabei wegen der vom medizinischen Fortschritt abhängigen Erkenntnismethoden weniger ursächliche Zusammenhänge aufgeklärt und damit weniger rechtliche Fragen beantwortet werden. Nach Erreichen des entsprechenden Fortschritts mussten erst Grundfragen rechtlich entschieden werden, bis mit zunehmender Zahl an Haftungsverfahren und immer besseren Sachverhaltsaufklärungen auch schwierigere Fragestellungen gelöst werden konnten. Nachdem die Rechtsprechung somit ein gewisses richterrechtliches Grundgerüst für das Arzthaftungsrecht aufgestellt und dabei versucht hatte, den Interessen beider Seiten gerecht zu werden, nahm das Bedürfnis nach Grundsatzentscheidungen ab. Für die Rechtsprechung war es jetzt möglich, sich zunehmend Einzelfallentscheidungen zu widmen, wobei auch heute noch durch Neuerungen im medizinischen Bereich, wie etwa durch die Telemedizin, ständig neue Anforderungen an die Rechtsfortbildung gestellt werden.

IV) Entwicklung der Literatur

Wie die Rechtsprechung durchlief auch die Literatur zum Arzthaftungsrecht eine deutliche Entwicklung.

1) Entwicklungsschritte

Von der Antike bis ins 18. Jahrhundert sind so gut wie keine wissenschaftlich-juristischen Auseinandersetzungen mit den Problemen ärztlicher Behandlungsfehler überliefert. Im 18. und 19. Jahrhundert begann sich die juristische Literatur hauptsächlich mit dem Begriff des Kunstfehlers, der Verfolgbarkeit ärztlicher Fehlleistungen und der strafrechtlichen Einordnung ärztlicher Heileingriffe zu befassen.

Auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts stand vor allem die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heileingriffe im Vordergrund. In der Zeit von 1933 bis 1945 zeigte sich in der Literatur der Einfluss der nationalsozialistischen Ideologie besonders bei der Frage nach einer Operationsduldungspflicht.

Nach dem Zweiten Weltkrieg stagnierte die wissenschaftliche Befassung mit dem Arzthaftungsrecht zunächst und es wurden im Wesentlichen Stellungnahmen zur Rechtsprechung veröffentlicht, aber keine grundlegenden oder neuen Fragestellungen diskutiert. In den siebziger und achtziger Jahren wurden dann die verschiedensten Ansätze zu einer Reform des Arzthaftungsrechts zum entscheidenden Thema. Auch seit den neunziger Jahren wird dazu noch Stellung genommen. In den Vordergrund sind aber die möglichen Einwirkungen des sozialrechtlichen Wirtschaftsgebots und der Maßnahmen der Qualitätssicherung auf das Arzthaftungsrecht gerückt, sowie die Frage, ob die Einführung der Mediation als neues Instru-

ment außergerichtlicher Streitbeilegung auch im Arzthaftungsrecht eingesetzt werden sollte.

2) Zusammenfassung

Somit war die juristische Literatur bis zum Zweiten Weltkrieg vor allem damit befasst, dogmatische Grundfragen zu klären. Als sich die Zunahme der Behandlungsfehlervorwürfe in den siebziger Jahren abzeichnete, wurden dann die bisher verfolgten Lösungswege in Frage gestellt und nach einem möglichen Ausweg in Gestalt von Reformen gesucht. Als sich in den neunziger Jahren der mögliche Einfluss verschiedener, bislang unbekannter, tatsächlicher Faktoren, wie etwa die Sparzwänge im Gesundheitswesen, abzuzeichnen begann, reagierte die Literatur hierauf.

Die juristische Wissenschaft versuchte also immer, sich mit realen Entwicklungen auseinanderzusetzen und ihre Bedeutung für das Arzthaftungsrecht abzuschätzen. Nach Aufkommen der Arzthaftung hatte sie die dogmatischen Grundfragen zum Gegenstand. Als sich die Zahl der Arzthaftungsfälle vervielfachte und sich Schwächen im bestehenden System abzuzeichnen begannen, befasste sich die Literatur mit Reformüberlegungen. Als sich weitere äußere Einflüsse auf die Materie auszuwirken begannen, versuchte sie, deren Verhältnis zum Arzthaftungsrecht zu erfassen. Auch die zahlreichen Stellungnahmen zu einzelnen Entscheidungen zeigen, dass sich die Literatur besonders als Spiegel der bestehenden Probleme und Fragestellungen eignet.

Fraglich ist hingegen, ob die Literatur mit ihren Bemühungen auch auf die tatsächlichen Gegebenheiten einwirken konnte. So wurde zwar vor allem die Diskussion um die strafrechtliche Einordnung der ärztlichen Heileingriffe als Hintergrund und Anstoß der zahlreichen strafrechtlichen Reformversuche genommen. Da aber weder die strafrechtlichen Entwürfe, noch die Kodifikation im BGB, noch andere Reformüberlegungen tatsächlich umgesetzt wurden, verpufften die Denkanstöße erfolglos und änderten nichts an der Gesetzeslage und am Haftungssystem. Auch auf die Rechtsprechung konnte die Literatur in Grundfragen vielfach keinen Einfluss nehmen, der BGH hielt vielmehr etwa trotz Körperverletzungsdiskussion an seiner strafrechtlichen Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung fest.

Auch wenn die Wissenschaft somit keinen besonders starken und offensichtlichen Einfluss auf Gesetzgebung oder Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht nimmt, so liegt ihre Bedeutung dennoch darin, dass sie auf bestehende Fragestellungen und Probleme aufmerksam macht und mögliche Lösungswege aufzeigt.

V) Stand des Arzthaftungsrechts heute

Das Ergebnis all dieser sich gegenseitig beeinflussenden Faktoren ist das Arzthaftungsrecht in seiner heutigen Form. Es handelt sich um eine richterrechtlich geprägte, eigenständige Rechtsmaterie, in der die klare Trennung zwischen Zivilrecht und Strafrecht zumindest auf Tatbestandsseite aufgegeben ist und für die aufgrund richterrechtlicher Grundsätze zu allen wichtigen Fragestellungen das nötige Maß an Rechtssicherheit gewährleistet ist. Die Zahl der Behandlungsfehlervorwürfe steigt weiter an und die Rechtsprechung ist gefordert, mit dem von ihr entwickelten Instrumentarium die Materie des Arzthaftungsrechts an die sich ständig wandelnden medizinischen und juristischen Gegebenheiten anzupassen.

B) Ausblick

Deshalb stellt sich nach dieser Betrachtung des Arzthaftungsrechts von den Anfängen bis zur Gegenwart noch abschließend die Frage, ob aufgrund der bisher gemachten Erfahrungen eine Weiterentwicklung in den bisher vorgegebenen Bahnen denkbar ist, oder ob aufgrund der im Zusammenhang mit dem immer größeren

Fortschritt in der Medizin stehenden Herausforderungen eine Reform oder Umstrukturierung des Arzthaftungsrechts angezeigt erscheint. In der Literatur gibt es nach wie vor Stimmen in beide Richtungen. In der Fachwelt dominiert allerdings die Ansicht, es bedürfe keiner grundlegenden Reform des Arzthaftungsrechts. Die erforderliche Rechtsfortbildung könne nach wie vor mit dem differenzierten Instrumentarium der Rechtsprechung erreicht und auch das Ausufern der Haftpflicht verhindert werden²⁷⁵⁴.

Um den Reformbedarf im Arzthaftungsrecht einschätzen zu können, muss man sich noch einmal die wesentlichen Vor- und Nachteile des momentan geltenden Arzthaftungsrechts vor Augen halten.

An der heutigen Rechtslage und Rechtsauffassung wird kritisiert, durch die Einordnung der ärztlichen Behandlung als rechtswidrigen Eingriff würde diese kriminalisiert und die ärztliche Motivation völlig missachtet²⁷⁵⁵. Zudem führe sie dazu, dass sich Arzt und Patient von Anfang an als potentielle Gegner gegenüber stünden, die sich mit Misstrauen begegnen²⁷⁵⁶.

Außerdem verhindere die mit dem Verschuldensprinzip zwangsläufig verbundene Suche nach einem Schuldigen die auch für den Heilungsprozess erforderliche psychische Bewältigung des Geschehenen und das Akzeptieren der Folgen²⁷⁵⁷. Aufgrund der grundsätzlichen Beweislastverteilung sei es des Weiteren für den Patienten nach wie vor schwierig, seine Ansprüche prozessual durchzusetzen²⁷⁵⁸. Auch die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Sachverhalts, insbesondere das Nachweisen eines Behandlungsfehlers und der Schadensverursachung seien geblieben²⁷⁵⁹. Negativ sei auch das im deutschen Arzthaftungsprozess gültige Alles-oder-Nichts-Prinzip, das zusammen mit den anhaltenden Beweisschwierigkeiten zu besonders belastenden Ergebnissen für die Patienten führen könne²⁷⁶⁰. Ein weiterer Nachteil des bestehenden Arzthaftungsrechts wurde darin gesehen, dass durch die patientenfreundliche Rechtsprechung des BGH ein nur schwer zu befriedigendes Anspruchsdenken auf Seiten der Geschädigten entstanden sei²⁷⁶¹. Gleichzeitig bestehe auch die Gefahr, dass die Ärzteschaft durch die Rechtsprechung überfordert und verunsichert werde²⁷⁶².

Im Gegensatz dazu wird für eine Beibehaltung der alten Rechtslage angeführt, dass die in Deutschland vorherrschende Tendenz, schicksalhafte Entwicklungen und allgemeines Lebensrisiko stets auf andere abwälzen zu wollen, unterbunden werden müsse²⁷⁶³. Auch dürften die Berichte über die Entschädigungssummen bei erfolgreichen Arzthaftungsklagen in Amerika nicht zu einem völlig überzogenen Anspruchsdenken führen²⁷⁶⁴. Es bestehe ferner insofern keine Notwendigkeit zu einer Änderung, als durch die Einrichtungen des Sozialstaats jeder durch einen Behandlungsfehler Geschädigte hinreichend abgesichert sei, falls er im Arzthaftungsprozess unterliegen und damit ohne Schadensersatzzahlungen bleiben sollte²⁷⁶⁵. Überdies sei es ein Vorteil der Verschuldenshaftung, dass im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung oder der Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen eine

²⁷⁵⁴ Franzki, MedR 1994, S.171, 179; Hänlein, ArztR 2001, S.315, 326; Laufs, NJW 1991, S.1516, 1522; Macke, in: FS Steffen, S.289, 292.

²⁷⁵⁵ Grafe, ArztR 2003, S.118, 119.

²⁷⁵⁶ Grafe, ArztR 2003, S.118, 120.

²⁷⁵⁷ Grafe, ArztR 2003, S.118, 119.

²⁷⁵⁸ Grafe, ArztR 2003, S.118, 119.

²⁷⁵⁹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 291.

²⁷⁶⁰ Macke, in: FS Steffen, S.289, 291.

²⁷⁶¹ Macke, in: FS Steffen, S.289, 291.

²⁷⁶² Macke, in: FS Steffen, S.289, 292.

²⁷⁶³ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 116.

²⁷⁶⁴ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 117.

²⁷⁶⁵ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 116.

eindeutige Entscheidung ergeht, ob ein vorwerfbarer Behandlungsfehler vorliegt oder nicht und damit durch die Bestätigung oder Entkräftung der Schuldvorwürfe ein eindeutiges Ergebnis erzielt wird²⁷⁶⁶. Die in Arzthaftungsstreitigkeiten aufkommen- den Fragestellungen seien außerdem durch die Rechtsprechung so hinreichend geklärt, dass trotz richterrechtlicher Prägung der Materie für alle Beteiligten genü- gend Rechtssicherheit bestehe²⁷⁶⁷. Auch die ungleiche Ausgangsposition von Arzt und Patient sei von der Rechtsprechung vor allem im Prozessrecht mithilfe von Dar- legungs- und Beweiserleichterungen weitgehend ausgeglichen worden²⁷⁶⁸. Überdies scheine ein Systemwechsel trotz der stetig und stark ansteigenden finanziellen Be- lastungen durch das Arzthaftungsrecht aus wirtschaftlichen Aspekten nicht ange- zeigt. Denn auch andere Systeme wären in ihren wirtschaftlichen Konsequenzen nicht zu unterschätzen. Sollten sie, wie etwa die Gefährdungshaftung, in einer grö- ßeren Zahl von Fällen als bisher zu Schadensersatzzahlungen führen, so müssten diese entweder, um das Gesundheitswesen nicht übermäßig zu belasten, verhält- nismäßig gering sein oder die Zahlung angemessener Beträge würde sogar zu einer noch höheren Kostenbelastung führen als die gegenwärtige Rechtslage²⁷⁶⁹. Bevor man eine grundsätzliche Reform des Arzthaftungsrechts nach einem der in der Lite- ratur vorgeschlagenen Modelle durchführen könnte, müssten erst einmal die wirt- schaftlichen Folgen der einzelnen Modelle durchdacht und absehbar werden²⁷⁷⁰. Die Gefahr eines Systemwechsels bestünde zudem in der Schaffung neuer bürokrati- scher Strukturen und damit verbundener weiterer Kosten²⁷⁷¹. Zuletzt dürfe auch die Präventionswirkung der herkömmlichen Verschuldenshaftung in ihrer Bedeutung für die Qualität der Behandlung der Patienten nicht unterschätzt werden²⁷⁷².

Somit scheint auch unter Rückgriff auf die bereits oben angeführten Argumente bei zusammenfassender Betrachtung eine grundlegende Umgestaltung des Arzthaf- tungsrechts nicht erwägenswert.

Wie die Auswertung der dargestellten Entwicklung zeigt, war das Richterrecht durchaus ein geeignetes Mittel, erst die Grundlagen der Arzthaftung zu regeln und dann darauf aufbauend Sonderregeln für besondere Sachverhalte oder Konstellati- onen zu schaffen. Dadurch, dass die Rechtsprechung die allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Grundsätze zunehmend vereinheitlicht auf die besondere Materie der ärztlichen Behandlungsfehler übertragen hat, hat sie den Grundstein für ein ei- genes Rechtsgebiet geschaffen, in dem durch eine flexible Wertung im Einzelfall den Interessen beider Seiten Rechnung getragen werden soll. Sie hat insbesondere durch die Aufklärungspflicht und ihre haftungsrechtlichen Folgen sowie durch die Modifikationen des herkömmlichen Beweisrechts versucht, die unterlegene Aus- gangsposition der Patienten zu verbessern. Zugleich aber hat sie auch die Belange der Ärzteschaft im Auge behalten, indem sie etwa versuchte, die Haftung für Aufklä- rungspflichtverletzungen durch Verschärfung der Darlegungslasten für die Patienten oder des Zurechnungszusammenhangs einzuschränken. Wenn dieses Bewusstsein, den Belangen sowohl der Ärzteschaft als auch der Patienten gerecht werden zu müssen, die Rechtsprechung weiterhin prägt, werden wohl auch in Zukunft ohne grundlegende Umgestaltungen im Arzthaftungsrecht gerechte und den tatsächlichen Entwicklungen und Anforderungen gerecht werdende Entscheidungen zu erwarten sein. Aufgabe der medizinischen und juristischen Wissenschaft wird es sein, Fehl- entwicklungen und Alternativen aufzuzeigen und die Rechtsprechung bei der Aus- formung des Arzthaftungsrechts zu unterstützen. Sinnvoller als eine Änderung des

²⁷⁶⁶ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 117.

²⁷⁶⁷ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 117.

²⁷⁶⁸ Macke, in: FS Steffen, S.289, 291.

²⁷⁶⁹ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 117.

²⁷⁷⁰ Laufs, NJW 1996, S.2413, 2414.

²⁷⁷¹ Junghanns, ArztR 2003, S.116, 117.

²⁷⁷² Junghanns, ArztR 2003, S.116, 118.

rechtlichen Systems der Arzthaftung wäre es, durch den verstärkten Einsatz von Qualitätssicherungsmaßnahmen die Zahl der Behandlungsfehlervorwürfe selbst zu senken. Wichtiges Hilfsmittel hierbei könnte die lückenlose statistische Erfassung der Verfahren vor den Gerichten und den Gutachter- und Schlichtungsstellen sein²⁷⁷³. Mit Hilfe der Auswertung dieser Fälle könnten die Konstellationen ausfindig gemacht werden, in denen ein erhöhtes Risiko besteht, und die Fehler in der Vergangenheit so zur Fehlervermeidung in zukünftigen Fällen herangezogen werden. Die übrigen Fälle können dann mit der nötigen Flexibilität des Richterrechts gelöst werden, wie es sich spätestens seit der „Geburtsstunde des Arzthaftungsrechts“ und damit seit über hundert Jahren bewährt hat.

²⁷⁷³ Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage, S.79; Krumpaszy/ Sethe, VersR 1998, S.420, 430.

Literaturverzeichnis:

- Ahrens, Hans-Jürgen/ Udsching, Peter*, Heimliche Ablösung der Arzthaftung durch gesetzliche Unfallversicherung?, Neue Juristische Wochenschrift 1978, S.1666 ff (zit. Ahrens/ Udsching, NJW 1978, S.1666)
- Amboss, Margot/ Wittenbeck, Siegfried*, Rechtspflichtverletzungen bei der Ausübung medizinischer Berufe, Neue Justiz 1968, S.552 ff (zit. Amboss/ Wittenbeck, NJ 1968, S.552)
- Amundsen, Darrel*, The Liability of the Physician in Classical Greek Legal Theory and Practice, in: Journal of the History of Medicine, 1977, S.172 ff (zit. Amundsen, Journal of the History of Medicine 1977, S.172)
- Von Angerer*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, Münchener Medizinische Wochenschrift 1899, S.351 ff (zit. v.Angerer, MMW 1899, S.351)
- Anonymer Verfasser*, Beiträge zur Lehre von der Beurteilung der Kunstfehler von Aerzten, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436 ff (zit. Anonymer Verfasser, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1851, S.436)
- Anonymer Verfasser*, Operative Eingriffe der Aerzte, Münchener Medizinische Wochenschrift 1907, S.1062 (zit. Anonymer Verfasser, MMW 1907, S.1062)
- Aschrott, Paul Felix/ Kohlrausch, Eduard*, Reform des Strafrechts, Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig 1926 (zit. Aschrott/ Kohlrausch, Strafrechtsreform)
- Von Authenrieth, Ferdinand*, Rede über die Bestrafung der Kunstfehler der Ärzte, in: Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten von Johann Heinrich Ferdinand von Authenrieth und Hermann Friedrich Authenrieth, Forensia, 1.Teil, Hrsg.:Authenrieth, Hermann, Ludwig Fues, Tübingen, 1846, S.549 ff (zit. v.Authenrieth, in: Authenrieth, Gerichtlich-medizinische Aufsätze und Gutachten, S.549)
- Von Bar, Carl Ludwig*, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Neudruck der Ausgabe Berlin 1882, Scientia- Verlag, Aalen 1974 (zit. v.Bar, Strafrecht)
- Baumann, Horst*, Arzthaftung und Versicherung, Ist eine Patientenversicherung in der Bundesrepublik Deutschland empfehlenswert? Juristenzeitung 1983, S.167 ff (zit. Baumann, JZ 1983, S.167)
- Baumgärtel, Gottfried*, Die beweisrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur Dienstleistungshaftung auf die Arzthaftung und das Baurecht, Juristenzeitung 1992, S.321 ff (zit. Baumgärtel, JZ 1992, S.321)
- Bäumer, Alfred*, Die Ärztegesetzgebung Kaiser Friedrich II und ihre geschichtlichen Grundlagen, Noske Verlag, Borna-Leipzig 1911 (zit. Bäumer, Ärztegesetzgebung)
- Bäune, Stefan/ Dahm, Franz-Josef*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den ärztlichen Bereich, Medizinrecht 2004, S.645 ff (zit. Bäune/ Dahm, MedR 2004, S.645)
- Becker, Günter*, Über den Rechtscharakter ärztlicher Pflichten und die zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei ihrer Verletzung, Neue Justiz 1974, S.422 ff (zit. Becker, NJ 1974, S.422)
- Behr, Albert*, Medizin und Strafrecht, Der Gerichtssaal, 1903, S.400 ff (zit. Behr, GS 1903, S.400)
- Below, Karl-Heinz*, Der Arzt im römischen Recht, Beck Verlag, München 1953 (zit. Below, Römisches Recht)

- Berndt, Matthias/ Fischer, Gisela C.*, Medizinische Leitlinien: Juristische Dimension, Deutsches Ärzteblatt 2000, S.A-1942 ff (zit. Berndt/ Fischer, DÄBl 2000, S.A-1942)
- Berner, W./ Trostdorf, E./ Vogel, R.*, Schlichtung in Arzthaftpflichtfragen, Deutsches Ärzteblatt 1981, S.183 ff (zit. Berner/ Trostdorf/ Vogel, DÄBl 1981, S.183)
- Beseler, Georg*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14.April 1851, Weidmann, Leipzig, 1851 (zit. Beseler, StGB)
- Bilstein, Ruth*, Das deliktische Schadensersatzrecht der Lex Aquilia in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Lit.-Verlag, Münster 1994 (zit. Bilstein, Schadensersatzrecht)
- Bodenburg, Reinhard/ Matthies, Karl-Heinz*, Ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen- Theorie und Praxis eines Modells, Versicherungsrecht 1982, S.729 ff (zit. Bodenburg/ Matthies, VersR 1982, S.729)
- Bodenburg, Reinhard*, Die zivilrechtliche Arzthaftung und die Tätigkeit der ärztlichen Gutachter- und Schlichtungsstellen, Versicherungsrecht 1980, S.996 ff (zit. Bodenburg, VersR 1981, S.996)
- Bodenburg, Reinhard*, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, Neue Juristische Wochenschrift 1981, S.601 ff (zit. Bodenburg, NJW 1981, S.601)
- Bodenburg, Reinhard*, Zur Reform des Arzthaftungsrechts- Kunstfehlerbegriff, Haftungsmodelle, ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, S.155ff (zit. Bodenburg, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1981, 155)
- Von Brandis, Cordt/ Pribilla, Otto*, Arzt und Kunstfehlervorwurf: dargestellt an 114 einschlägigen Fällen; mit 5 Tabellen, Goldmann, München 1973 (zit. v.Brandis/ Pribilla, Kunstfehlervorwurf)
- Bremer, Karl-Heinz*, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, Lechte, Emsdetten 1934 (zit. Bremer, Haftung des Arztes)
- Broglie, Maximilian G./ Ehlers, Alexander P.F.*, Arzthaftungsrecht: Grundlagen und Praxis, 3.Auflage, Beck, München 2005 (zit. Broglie/ Ehlers, Arzthaftungsrecht, 3.Auflage)
- Broglie, Maximilian G.*, Entwicklungstendenzen beim Arzthaftungsprozess. Teil I: Flüchten die Ärzte in die Defensivmedizin?, Zeitschrift für die gesamte Innere Medizin 1992, S.283 ff (zit. Broglie, Zeitschrift für die gesamte Innere Medizin 1992, S.283)
- Brüggmann, Walter*, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, Neue Juristische Wochenschrift 1977, S.1473 ff (zit. Brüggmann, NJW 1977, S.1473)
- Bruns, Wolfgang/ Pollandt, Andreas*, Leitlinien für Diagnostik und Therapie- Leitlinien für die Rechtsprechung?, Arztrecht 2006, S.88 ff (zit. Bruns/ Pollandt, ArztR 2006, S.88)
- Carstensen, Gerd*, Arzthaftung, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Hans-Jürgen Ahrens, Heymann, Köln 1999, S.505 ff (zit. Carstensen, in: FS Deutsch, S.505)
- Casper, Johann Ludwig*, Practisches Handbuch der gerichtlichen Medicin, Thanatologischer Theil, 1.Auflage, Hirschwald, Berlin 1857 (zit. Casper, Handbuch)

- Cohn, Kurt/ Grieger, Helmut/ Strasberg, Werner*, Zur gerichtlichen Beurteilung der ärztlichen Haftpflicht, *Neue Justiz* 1968, S.555 ff (zit. Cohn/ Grieger/ Strasberg, *NJ* 1968, S.555)
- Daniels, Jürgen*, Die Ansprüche des Patienten hinsichtlich der Krankenunterlagen des Arztes, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, S.345 ff (zit. Daniels, *NJW* 1976, S.345)
- Deutsch, Andreas*, Zwischen deliktischer Arzthaftung und Wetterzauber, in: *Humaniora: Medizin, Recht, Geschichte; Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Hrsg.: Bernd- Rüdiger Kern, Springer, Berlin 2006, S.45 ff (zit. Deutsch, in: *FS Laufs*, S.45)
- Deutsch, Erwin/ Matthies, Karl- Heinz*, Arzthaftungsrecht: Grundlagen, Rechtsprechung und Gutachter- und Schlichtungsstellen, 1. Auflage, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, Tagungs- und Verlagsgesellschaft, Köln 1985 (zit. Deutsch/ Matthies, Arzthaftungsrecht, 1. Auflage)
- Deutsch, Erwin/ Matthies, Karl- Heinz*, Arzthaftungsrecht: Grundlagen, Rechtsprechung und Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3. Auflage, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, Tagungs- und Verlagsgesellschaft, Köln 1988 (zit. Deutsch/ Matthies, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage)
- Deutsch, Erwin*, Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, S.1305 ff (zit. Deutsch, *NJW* 1980, S.1305)
- Deutsch, Erwin*, Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, *Juristenzeitung* 2002, S.588 ff (zit. Deutsch, *JZ* 2002, S.588)
- Deutsch, Erwin*, Kunstfehler und medizinischer Behandlungsunfall in Neuseeland- Öffentliche Versicherung statt privater Haftung, *Versicherungsrecht* 1980, S.201 ff (zit. Deutsch, *VersR* 1980, S.201)
- Deutsch, Erwin*, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukte-recht, 3. Auflage, Springer, Berlin 1997 (zit. Deutsch, Medizinrecht, 3. Auflage)
- Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht, 5. Auflage, Springer, Berlin 2003 (zit. Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage)
- Deutsch, Erwin*, Medizin und Forschung vor Gericht: Kunstfehler, Aufklärung und Experiment im deutschen und amerikanischen Recht, Müller, Heidelberg 1978 (zit. Deutsch, Medizin und Forschung)
- Deutsch, Erwin/ Geiger, Michael*, Medizinischer Behandlungsvertrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Hrsg.: Bundesminister der Justiz, Köln 1981, S.1049 ff (zit. Deutsch/ Geiger, in: Gutachten und Vorschläge, S.1049)
- Deutsch, Erwin*, Reform des Arztrechts, Ergänzende Regeln für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht?, *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, S.1657 ff (zit. Deutsch, *NJW* 1978, 1657)
- Deutsch, Erwin*, Ressourcenbeschränkung und Haftungsmaßstab im Medizinrecht, *Versicherungsrecht* 1998, S.261 ff (zit. Deutsch, *VersR* 1998, S.261)
- Deutsch, Erwin*, Tendenzen des modernen Arztrechts, *Versicherungsrecht* 1982, S.305 ff (zit. Deutsch, *VersR* 1982, 305)
- Deutsch, Erwin*, Unfallversorgung statt Haftung in Neuseeland, *Rabelszeitschrift* 1980, S.487 ff (zit. Deutsch, *RabelsZ* 1980, S.487)

- Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e.V.*, Empfehlungen zur Entwicklung des Arzthaftungsrechts, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günter/ Laufs, Adolf/ Wienke, Albrecht, Springer, Berlin 1997, S.349 ff (zit. DGMR, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.349)
- Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Wienke, Albrecht, Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht*, Die Entwicklung der Arzthaftung, Medizinrecht 1996, S.349 f (zit. Dirks/ Graf-Baumann/ Wienke, MedR 1996, S.349)
- Dietl, Silvia*, Die Zulassung neuen Tatsachenvorbringens im Berufungsverfahren des Arzthaftungsprozesses, Versicherungsrecht 2005, S.442 ff (zit. Dietl, VersR 2005, S.442)
- Dietrich, Eduard/ Rapmund, Otto*, Ärztliche Rechts- und Gesetzeskunde, 1. Auflage, Thieme, Leipzig 1899 (zit. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde)
- Dietrich, Eduard/ Rapmund, Otto*, Ärztliche Rechts- und Gesetzeskunde, Band I, 2. Auflage, Thieme, Leipzig 1913 (zit. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band I, 2. Auflage)
- Dietrich, Eduard/ Rapmund, Otto*, Ärztliche Rechts- und Gesetzeskunde, Band II, 2. Auflage, Thieme, Leipzig 1913 (zit. Dietrich/ Rapmund, Ärztliche Rechtskunde, Band II, 2. Auflage)
- Dinslage, Karl H.*, Patientenversicherung- Alternative zur Arzthaftpflcht, Versicherungsrecht 1981, S.310 ff (zit. Dinslage, VersR 1981, S.310)
- Diskussion der Abteilung Arztrecht auf dem 52.Deutsche Juristentag am 20.September 1978*, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Wiesbaden 1978, S.I 53 ff (zit. Diskussion Abteilung Arztrecht, 52.DJT, S. I 53)
- Doms, Thomas*, Die ärztlichen Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, Neue Juristische Wochenschrift 1981, S.2489 ff (zit. Doms, NJW 1981, S.2489)
- Dressler, Wolf-Dieter/ Steffen, Erich*, Arzthaftungsrecht, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 9. Auflage, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft und Steuern, Köln 2002 (zit. Dressler/ Steffen, BGH-Rechtsprechung, 9.Auflage)²⁷⁷⁴
- Dressler, Wolf-Dieter*, Ärztliche Leitlinien und Arzthaftung, in: Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, Hrsg.: Hans Erich Brandner, Heymann, Köln 2000, S.379 ff (zit. Dressler, in: FS Geiß, S.379)
- Drost, H. / Hübner, A.*, Ärztliches Haftpflichtrecht: seine Grundlagen und seine Bedeutung im Verhältnis des Arztes und des Krankenhauses zum Patienten, Springer, Berlin 1955 (zit. Drost/ Hübner, Haftpflichtrecht)
- Dunz, Walter*, Aktuelle Fragen zum Arzthaftungsrecht unter Berücksichtigung der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, Köln 1980 (zit. Dunz, Arzthaftungsrecht)
- Dütz, Wilhelm*, Gefährdungshaftung für Ärzte?, Deutsches Ärzteblatt 1971, S.828 ff (zit. Dütz, DÄBl 1971, S.828)

²⁷⁷⁴ (die 10. Auflage von 2006 stand zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit noch nicht zur Verfügung)

- Ebel, Friedrich/ Thielmann, Georg*, Rechtsgeschichte von der römischen Antike bis zur Neuzeit, 3.Auflage, Müller, Heidelberg 2003 (zit. Ebel/ Thielmann, Rechtsgeschichte)
- Eberhardt, Lothar*, Zur Praxis der Schlichtung in Arzthaftpflichtfällen, Neue Juristische Wochenschrift 1986, S.747 ff (zit. Eberhardt, NJW 1986, S.747)
- Ebermayer, Ludwig*, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, Mosse, Berlin 1925 (zit. Ebermayer, Arzt und Patient)
- Ebermayer, Ludwig*, Ärztliche Fragen im Entwurf des Reichsstrafgesetzbuches, Juristische Wochenschrift 1930, S.1549 ff (zit. Ebermayer, JW 1930, S.1549)
- Ebermayer, Ludwig*, Der Arzt im Recht, Thieme, Leipzig 1930 (zit. Ebermayer, Arzt im Recht)
- Ebermayer, Ludwig*, Die Stellung des Arztes im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1911, S.1128 ff (zit. Ebermayer, DMW 1911, S.1128)
- Ehlers, Alexander P.F.*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, Heymann, Köln 1987 (zit. Ehlers, Aufklärung)
- Eichener, Alexander/ Laufs, Adolph*, Ursprünge einer strafrechtlichen Arzthaftung. Untersuchungen zu Artikel 134 der Constitutio Criminalis Carolina, in: Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, Hrsg.: Erik Jayme, Winter, Heidelberg 1991, S.71 ff (zit. Eichener/ Laufs, in: FS Niederländer, S.71)
- Eissler, Manfred*, Auswertung der Ergebnisse der Gutachterkommission für Fragen ärztlicher Haftpflicht bei der Landesärztekammer Baden-Württemberg für das Jahr 2002, Medizinrecht 2004, S.429 ff (zit. Eissler, MedR 2004, S.429)
- Emmerich, Volker*, Anmerkung zu den Urteilen des BGH v. 18.03.1980, Juristische Schulung 1980, S.757 f (zit. Emmerich, JuS 1980, S.757)
- Engisch, Karl*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, 1939, in: Recht und Medizin, Hrsg.: Albin Eser und Alfred Künschner, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1990, S.134 ff (zit. Engisch, in: Eser/ Künschner, S.134)
- Entschließung des 94. Deutschen Ärztetages zur geplanten Arzthaftung nach EG-Recht, Medizinrecht 1991, S.165 f (zit. Deutscher Ärztetag, MedR 1991, S.165)
- Eschner, Axel H.*, Wege zu neuen Lösungen im Arzthaftungsprozess, Deutsche Richterzeitung 1983, S.9 ff (zit. Eschner, DRiZ 1983, S.9)
- Fahner, Johann Christoph*, Vollständiges System der gerichtlichen Arzneikunde, Ein Handbuch für Richter und gerichtliche Ärzte, Band II, Franzen und Gresse, Stendal 1797 (zit. Fahner, Handbuch, Band II)
- Fahrenhorst, Irene*, Beweislast im Arzthaftungsprozess- Zum Richtlinienvorschlag der EG-Kommission vom 9.10.1990, Zeitschrift für Rechtspolitik 1992, S.60 ff (zit. Fahrenhorst, ZRP 1992, S.60)
- Fastabend, Katrin*, Der Begriff der notwendigen Krankenbehandlung im SGB V, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2002, S.299 ff (zit. Fastabend, NZS 2002, S.299)
- Fischer, Gerfried/ Lilie, Hans*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Heymann, Köln 1999 (zit. Fischer/ Lilie, Ärztliche Verantwortung)
- Fischer, Thomas/ Tröndle, Herbert*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006 (zit. Fischer/ Tröndle, StGB)

- Flügge, G.*, Das Recht des Arztes, Urban & Schwarzenberg, Berlin 1903 (zit. Flügge, Recht des Arztes)
- Frank, Reinhard*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, 1. Auflage, Hirschfeld, Leipzig 1897 (zit. Frank, StGB, 1. Auflage)
- Frank, Reinhard*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. und 4. Auflage, Hirschfeld, Leipzig 1903 (zit. Frank, StGB, 3./ 4. Auflage)
- Frank, Reinhard*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Auflage, Mohr, Tübingen 1925 (zit. Frank, StGB, 16. Auflage)
- Frank, Reinhard*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Nachtrag zur 18. Auflage, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, herausgegeben von Ernst Schäfer und Hans von Dohnanyi, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1936 (zit. Frank, Nachtrag)
- Franzki, Dietmar*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (zit. Franzki, Arzthaftungsprozess)
- Franzki, Dietmar/ Franzki, Harald*, Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess, Neue Juristische Wochenschrift 1975, S.2225 ff (zit. Franzki/ Franzki, NJW 1975, S.2227)
- Franzki, Harald*, Von der Verantwortung des Richters für die Medizin- Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, Medizinrecht 1994, S.171ff (zit. Franzki, MedR 1994, 171)
- Freund, Georg*, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1997, S.455 ff (zit. Freund, ZStW 1997, S.455)
- Gaidzik, Peter W.*, Der EG-Richtlinienentwurf über die Haftung bei Dienstleistungen- eine medizinrechtliche Würdigung, Juristische Rundschau 1992, S.323 ff (zit. Gaidzik, JR 1992, S.323)
- Gaisbauer, Georg*, Die Rechtsprechung zum Arzthaftpflichtrecht 1966 bis 1970, Versicherungsrecht 1972, S.419 ff (zit. Gaisbauer, VersR 1972, S.419)
- Gehrlein, Markus*, Arzthaftungsrecht nach der ZPO-Novelle, Anwaltsblatt 2002, S.489 ff (zit. Gehrlein, AnwBl 2002, S.489)
- Gehrlein, Markus*, Arzthaftungsrecht nach der ZPO-Novelle, Versicherungsrecht 2002, S.935 ff (zit. Gehrlein, VersR 2002, S.935)
- Von Gerlach, Jürgen*, Das Arzthaftungsrecht in der Antike, in: Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, Hrsg.: Hans Erich Brandner, Heymann, Köln 2000, S.389 ff (zit. v.Gerlach, in: FS Geiß, S.389)
- Geiß, Karlmann/ Greiner, Hans-Peter*, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage, Beck, München 2006 (zit. Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage)
- Giesen Dieter*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 2.10.1984, Juristenzeitung 1985, S.288 f (zit. Giesen, JZ 1985, S.288)
- Giesen, D./ Langkeit, J.*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.14.02.1989, Juristische Rundschau 1989, S.290 ff (zit. Giesen/ Langkeit, JR 1989, S.290)
- Giesen, Dieter*, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Mohr, Tübingen 1995 (zit. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage)
- Giesen, Dieter*, Arzthaftungsrecht im Umbruch (I)- Der ärztliche Behandlungsfehler in der Rechtsprechung seit 1974, Juristenzeitung 1982, S.345 ff (zit. Giesen, JZ 1982, 345)

- Giesen, Dieter*, Arzthaftungsrecht im Umbruch (II)- Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974, Juristenzeitung 1982, S.391 ff (zit. Giesen, JZ 1982, S.391)
- Giesen, Dieter*, Arzthaftungsrecht im Umbruch (III)- Beweisrechtprobleme in der Rechtsprechung seit 1974, Juristenzeitung 1982, S.448 ff (zit. Giesen, JZ 1982, S.448)
- Giesen, Dieter*, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, S.10ff (zit. Giesen, Jura 1981, 10)
- Giesen, Dieter*, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, 1. Auflage, Mohr, Tübingen 1983 (zit. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts)
- Giesen, Dieter*, Wandlungen im Arzthaftungsrecht- Die Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts in den achtziger Jahren, Juristenzeitung 1990, S.1053 ff (zit. Giesen, JZ 1990, 1053)
- Giesen, Dieter*, Zur Annäherung von Arzthaftung und Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa, Juristische Rundschau 1991, S.485 ff (zit. Giesen, JR 1991, S.485)
- Giesen, Richard*, Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, Medizinrecht 1997, S.17 ff (zit. Giesen, MedR 1997, S.17)
- Glücksman, Ralph*, Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers, Zeitschrift für Rechtspolitik 1977, S.128 (zit. Glücksman, ZRP 1977, S.128)
- Göbbels, Hans*, Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht, Thieme, Stuttgart 1950 (zit. Göbbels, Ärztliche Eingriffe)
- Goldhahn, Richard/ Hartmann, Werner*, Chirurgie und Recht, Enke, Stuttgart 1937 (zit. Goldhahn/ Hartmann, Chirurgie und Recht)
- Gossler, C.*, Über das Rechtsverhältnis zwischen einem Kranken und seinem Arzte, Salfeld, Berlin 1814 (zit. Gossler, Kranker und Arzt)
- Grafe, Sieghart*, Nachteile des geltenden Arzthaftungsrechts, Arztrecht 2003, S.118 ff (zit. Grafe, ArztR 2003, S.118)
- Grünwald, Gerald*, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht, Hrsg.: Hans Göppinger, Beck, München 1966, S.125 ff (zit. Grünwald, in: Göppinger)
- Gürtner, Franz*, Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 2.Auflage, Vahlen, Berlin 1936 (zit. Gürtner, Kommendes Strafrecht)
- Haase, Richard*, Die keilschriftlichen Rechtssammlungen in deutscher Fassung, Harrassowitz, Wiesbaden 1979 (zit. Haase, Keilschriftliche Rechtssammlungen)
- Haberland, Ä*, Ärztliche Kunstfehler, Juristische Wochenschrift 1932, S.3304 f (zit. Haberland, JW 1932, S.3304)
- Hampp, Rainer/ Zettel, Ortrud*, Die Geschichte des Arztberufs, in: Gesundheitsberufe zwischen Ideal und Wirklichkeit, Hrsg.: Deutsche Zentrale für Volksgesundheitspflege, Campus Verlag, Frankfurt 1984, S.15 ff (zit. Hampp/ Zettel, in: Gesundheitsberufe, S.15)
- Hänlein, Andreas*, Möglichkeiten der Weiterentwicklung der zivilrechtlichen Arzthaftung, Arztrecht 2001, S.315 ff (zit. Hänlein, ArztR 2001, S.315)
- Hansen, Gerhard/ Vetterlein, Herbert*, Arzt und Recht in der DDR, Thieme, Leipzig 1959 (zit. Hansen/ Vetterlein, Arzt und Recht)

- Hansen, Gerhard/ Vetterlein, Herbert*, Ärztliches Handeln- rechtliche Pflichten in der DDR, 5.Auflage, Thieme, Leipzig 1973 (zit. Hansen/ Vetterlein, Ärztliches Handeln)
- Hansis, Dorothee E. / Hansis, Martin L.*, Der ärztliche Behandlungsfehler, 1. Auflage, ecomed, Landsberg 1999 (zit. Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 1. Auflage)
- Hansis, Dorothee E. / Hansis, Martin L.*, Der ärztliche Behandlungsfehler, 2. Auflage, ecomed, Landsberg 2001 (zit. Hansis/ Hansis, Behandlungsfehler, 2. Auflage)
- Hart, Dieter*, Ärztliche Leitlinien- Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, Medizinrecht 1998, S.8 ff (zit. Hart, MedR 1998, S.8)
- Hart, Dieter*, Rechtliche Grenzen der „Ökonomisierung“, Medizinrecht 1996, S.60 ff (zit. Hart, MedR 1996, S.60)
- Hartmann, Tanja*, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung: Betrachtungen zu §§ 229, 230 des Entwurfs eines Sechsten Strafrechtsreformgesetzes, Nomos, Baden-Baden 1999 (zit. Hartmann, Heilbehandlung)
- Hauberichs, Sabine*, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung in Deutschland (Teil I), PHi: Haftpflicht international 1998, S.162 ff (zit. Hauberichs, PHi 1998, S.162)
- Hauberichs, Sabine*, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung in Deutschland (Teil II), PHi: Haftpflicht international 1998, S.240 ff (zit. Hauberichs, PHi 1998, S.240)
- Hausmaninger, Herbert*, Das Schadensersatzrecht der Lex Aquilia, 2. Auflage, Wien 1980 (zit. Hausmaninger, Schadensersatzrecht)
- Hausmaninger, Herbert/ Selb, Walter*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Böhlau, Wien 2001 (zit. Hausmaninger/ Selb, Römisches Privatrecht)
- Hayler, Bernd*, Wandlungen in der strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher Heilbehandlungen, Köln 1964 (zit. Hayler, Ärztliche Heilbehandlungen)
- Hefke, August*, Der Arzt im römischen und deutschen Recht, Archiv für praktische Rechtswissenschaften NF 1886, S.113 ff (zit. Hefke, Archiv für praktische Rechtswissenschaften NF 1886, S.113)
- Heilmann, Joachim*, Der Stand der deliktischen Arzthaftung, Neue Juristische Wochenschrift 1990, S.1513 ff (zit. Heilmann, NJW 1990, S.1315)
- Heimberger, Joseph*, Arzt und Strafrecht, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, Nachdruck der Ausgabe von 1930, Scientia, Aalen 1969, S.401 ff (zit. Heimberger, in: FS Frank, S.401)
- Heimberger, Joseph*, Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch in seiner Bedeutung für den Arzt, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1910, S.33 ff (zit. Heimberger, DMW 1910, S.33)
- Heimberger, Joseph*, Strafrecht und Medizin, Beck, München 1899 (zit. Heimberger, Strafrecht)
- Heinz, Günter- Wolfgang*, Über die Kunstfehlergutachten der Tübinger Medizinischen Fakultät, Tübingen 1978 (zit. Heinz, Kunstfehlergutachten)
- Helbron, Hanja*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzt Haftungsrecht, Herbert Utz Verlag, München, 2001 (zit. Helbron, Arzt Haftungsrecht)
- Heldrich, Karl*, Der Arzt im römischen Privatrecht, Jherings Jahrbücher 1930, S.139 ff (zit. Heldrich, Jher.Jb. 1930, S.139)

- Henke, Adolph*, Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medizin, als Erläuterungen zu dem Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, Band IV, 2.Auflage, F.A. Brockhaus, Leipzig 1830 (zit. Henke, Abhandlungen)
- Henke, Adolph*, Practische Beiträge zu der Lehre von der gerichtlich-medicinischen und rechtlichen Beurtheilung der Kunstfehler der Ärzte und Wundärzte, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218 ff (zit. Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde 1835, S.218)
- Henschel, Volker*, Aufgabe und Tätigkeit der Schlichtungs- und Gutachterstellen für Arzthaftpflichtstreitigkeiten, Lang, Frankfurt 1980 (zit. Henschel, Schlichtungs- und Gutachterstellen)
- Hinne, Dirk*, Das Einsichtsrecht in Patientenakten, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S.2270 ff (zit. Hinne, NJW 2005, S.2270)
- Von Hippel, Eike*, Haftungsersetzung durch Volksunfallversicherung?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1976, S.252 ff (zit. v.Hippel, ZRP 1976, S.252)
- Hirsch, Günter*, Tendenzen zur Regelung der Arzthaftung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günter/ Laufs, Adolf/ Wienke, Albrecht, Springer, Berlin 1997, S.149 ff (zit. Hirsch, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.149)
- Hirsch, Hans Joachim*, Zur Frage eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Hrsg.: Karl Heinz Gössel, Müller, Heidelberg 1999, S.353 ff (zit. Hirsch, in: FS Zipf, S.353)
- Hirte, Heribert*, Berufshaftung, Beck, München 1996 (zit. Hirte, Berufshaftung)
- Hofacker, Wilhelm*, Die Heilbehandlung im Strafrecht: ein Beitrag zur Strafrechtsreform, Kohlhammer, Stuttgart 1941 (zit. Hofacker, Heilbehandlung)
- Hofmann, Berthold*, Die Berufung des Arztes und das Reichsgericht, Deutsches Recht 1936, S.502 ff (zit. Hofmann, DR 1936, S.502)
- Hollmann, Angela*, Aufklärungspflicht des Arztes: unter besonderer Berücksichtigung der Neurochirurgie, Würzburg 1969 (zit. Hollmann, Aufklärungspflicht)
- Hoppe, Jürgen F.*, Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten- Konsequenzen der neuen Rechtsprechung, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S.782 ff (zit. Hoppe, NJW 1998, S.782)
- Husmann, J. H.*, Ärztliche Fehlbehandlung- ein Arbeitsunfall mit der Folge der Haftungsbefreiung nach § 636 RVO?, Versicherungsrecht 1978, S.793 ff (zit. Husmann, VersR 1978, S.793)
- Ileri, Atilay*, Das Schweizer Modell der Patientenkasse, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günter/ Laufs, Adolf/ Wienke, Albrecht, Springer, Berlin 1997, S.269 ff (zit. Ileri, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.269)
- Jansen, Nils*, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Mohr-Siebeck, Tübingen 2003 (zit. Jansen, Haftungsrecht)
- Jung, Heike*, Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Enke, Stuttgart 1981 (zit. Jung, Arzt und Patient)
- Junghanns, Klaus*, Vorteile des geltenden Arzthaftungsrechts, Arztrecht 2003, S.116 ff (zit. Junghanns, ArztR 2003, S.116)

- Kaatsch, H.-J.*, Behandlungsfehler oder „Behandlungsunfall“ - Reform der zivilrechtlichen Arzthaftung?, *Rechtsmedizin* 1993, S.6 ff (zit. Kaatsch, *Rechtsmedizin* 1993, S.6)
- Kahl, Wilhelm*, Der Arzt im Recht, *Juristische Wochenschrift* 1930, S.1545 ff (zit. Kahl, *JW* 1930, S.1545)
- Kahl, Wilhelm*, Der Arzt im Strafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1909, S.351 ff (zit. Kahl, *ZStW* 1909, S.351)
- Kalisch, M.*, Die Kunstfehler der Ärzte, Verlag von Veit & Co, Leipzig, 1860 (zit. Kalisch, *Kunstfehler*)
- Kallfelz*, Abmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 19. Juni 1936, *Juristische Wochenschrift* 1936, S.3112 ff (zit. Kallfelz, *JW* 1936, S.3112)
- Kaser, Max*, Das römische Privatrecht, Band I, 2. Auflage, Beck, München 1971 (zit. Kaser, *Römisches Privatrecht*)
- Kaser, Max/ Knütel, Rolf*, Römisches Privatrecht, 18. Auflage, Beck, München 2005 (zit. Kaser/ Knütel, *Privatrecht*)
- Katzenmeier, Christian*, Arzthaftung, Mohr Siebeck, Tübingen 2002 (zit. Katzenmeier, *Arzthaftung*)
- Katzenmeier, Christian*, Arbeitsteilung, Teamarbeit und Haftung, *Medizinrecht* 2004, S.34 ff (zit. Katzenmeier, *MedR* 2004, S.34)
- Katzenmeier, Christian*, Ein Sonderstraftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1997, S.156 ff (zit. Katzenmeier, *ZRP* 1997, S.156)
- Katzenmeier, Christian*, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz?, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günter/ Laufs, Adolf/ Wienke, Albrecht, Springer, Berlin 1997, S.59 ff (zit. Katzenmeier, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, *Arzthaftung*, S.59)
- Katzenmeier, Christian*, Haftung für HIV-kontaminierte Blutprodukte, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, S.3391 ff (zit. Katzenmeier, *NJW* 2005, S.3391)
- Katzenmeier, Christian*, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung - Umbruch in der Arzthaftung, *Versicherungsrecht* 2002, S.1066 ff (zit. Katzenmeier, *VersR* 2002, S.1066)
- Kaufmann, Franz- Josef*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess, Heymann, Köln 1984 (zit. Kaufmann, *Arzt Haftungsprozess*)
- Kaufmann, Arthur*, Die eigenmächtige Heilbehandlung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1961, S.341 ff (zit. Kaufmann, *ZStW* 1961, S.341)
- Kehr, Hugo*, Ärztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlung, Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 134 der Carolina, Görich & Weierhäuser, Marburg 1972 (zit. Kehr, *Kunstfehler*)
- Keppmann, Friedhelm*, Die neuere dogmengeschichtliche Entwicklung der objektiven Tatbestände der §§ 323, 326 BGB, Münster 1959 (zit. Keppmann, *Deliktsrecht*)
- Kern, Bernd-Rüdiger/ Laufs, Adolf*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.7.02.1984, *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, S.631 f. (zit. Kern/ Laufs, *NJW* 1984, S.631)
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Das Spannungsverhältnis von Haftungsrecht und Kassenarztrecht, *Medizinrecht* 2004, S.300 ff (zit. Kern, *MedR* 2004, S.300)

- Kilian, Matthias*, Alternative Konfliktbeilegung in Arzthaftungsstreitigkeiten, Versicherungsrecht 2000, S.942 ff (zit. Kilian, VersR 2000, S.942)
- Kim, Min-Joong*, Aufklärungspflicht im Arztrecht, 1989 (zit. Kim, Aufklärungspflicht)
- Kleinewefers, Herbert*, Die Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Offene Fragen zwischen Ärzten und Juristen, Hrsg.: Karl Forster, Echter- Verlag, Würzburg 1963, S.15 ff (zit. Kleinewefers, in: Forster, S.15)
- Kleinewefers, Herbert*, Die Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Versicherungsrecht 1962, S.197 ff (zit. Kleinewefers, VersR 1962, S.197)
- Kleinewefers, Herbert*, Zum Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient, Versicherungsrecht 1963, S.297 ff (zit. Kleinewefers, VersR 1963, S.297)
- Klingmüller, Ernst*, Zu den Plänen einer neuartigen Patientenversicherung nach schwedischem Muster in der Bundesrepublik Deutschland, Versicherungsrecht 1980, S.694 ff (zit. Klingmüller, VersR 1980, S.694)
- Kohlhaas, M.*, Bringt die geplante Neuregelung des ärztlichen Heileingriffs im neuen Strafgesetzentwurf den Ärzten wirklich Vorteile?, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1962, S.2593 ff (Kohlhaas, DMW 1962, S.2593)
- Kohlhaas, Max*, Medizin und Recht, Urban & Schwarzenberg, München 1969 (zit. Kohlhaas, Medizin und Recht)
- Kohlrausch, Eduard/ Schmidt, Hermann*, Literaturbericht, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1903, S.603 ff (zit. Kohlrausch/ Schmidt, ZStW 1903, S.603)
- Kohlrausch, Eduard*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 38. Auflage, de Gruyter, Berlin 1944 (zit. Kohlrausch, StGB)
- Köhler, Peter/ Baron von Maydell, Bernd*, Arzthaftung- „Patientenversicherung“- Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1997 (zit. Köhler/ v.Maydell, Arzthaftung)
- Kohnle, Edgar*, Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften durch die ärztlichen Gutachterstellen, Deutsche Richterzeitung 1983, S.140 ff (zit. Kohnle, DRiZ 1983, S.140)
- Kolkmann, Friedrich-Wilhelm*, Leitlinien und Qualitätssicherung, in: Ärztliche Leitlinien, Hrsg.: Dieter Hart, Nomos, Baden- Baden 2000, S.49 ff (zit. Kolkmann, in: Hart, Leitlinien, S.49)
- Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger- Verlagsgesellschaft, Köln 1992 (zit. Kommission, Abschlussbericht)
- König, Friedrich/ Köstlin, Hans*, Haftpflicht des Arztes, Barth, Leipzig 1937 (zit. König/ Köstlin, Haftpflicht)
- Könning, Angela*, Das Arzthaftungsrecht der DDR, Versicherungsrecht 1990, S.238 ff (zit. Könning, VersR 1990, S.238)
- Krähe, Johannes*, Die Diskussion um den ärztlichen Kunstfehler in der Medizin des 19. Jahrhunderts, Lang, Frankfurt 1984 (zit. Krähe, Kunstfehler)
- Kramer, Hans-Jürgen*, Ärztlicher Standard unter den Gesichtspunkten Ressourcenverteilung, Wirtschaftlichkeitsgebot und Haftung, Medizinrecht 1993, S.345 f (zit. Kramer, MedR 1993, S.345)

- Kretschmer, Hans-Jürgen*, Auswirkungen der Regelungen über die Budgetierung in der vertragsärztlichen Versorgung auf die Haftung für ärztliche Behandlungsfehler, *Arztrecht* 2003, S.144 ff (zit. Kretschmer, *ArztR* 2003, S.144)
- Krumpaszký, Georg/ Selbmann, Hans-Konrad/ Sethe, Rolf*, Die Häufigkeit von Behandlungsfehlervorwürfen in der Medizin, *Versicherungsrecht* 1997, S.420 ff (zit. Krumpaszký/ Selbmann/ Sethe, *VersR* 1997, S.420)
- Krumpaszký, Georg/ Sethe, Rolf*, *Arzthaftung und Qualitätsmanagement in der Medizin- Pilotauswertung von Behandlungsfehlervorwürfen*, *Versicherungsrecht* 1998, S.420 ff (zit. Krumpaszký/ Sethe, *VersR* 1998, S.420)
- Kuckuk*, Der 52. Deutsche Juristentag in Wiesbaden, *Deutsche Richterzeitung* 1978, S.321 ff (zit. Kuckuk, *DRiZ* 1978, S.321)
- Kühner, August*, *Die Kunstfehler der Ärzte vor dem Forum der Juristen*, Verlag Gebrüder Knauer, Frankfurt am Main 1886 (zit. Kühner, *Kunstfehler*)
- Kullmann, Hans Josef*, Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards, *Versicherungsrecht* 1997, S.529 ff (zit. Kullmann, *VersR* 1997, S.529)
- Künnell, E.*, Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, *Versicherungsrecht* 1980, S.502 ff (zit. Künnell, *VersR* 1980, S.502)
- Laufs, Adolf*, Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, S.1758 ff (zit. Laufs, *NJW* 1999, S.1758)
- Laufs, Adolf*, Arzt und Recht- Fortschritte und Aufgaben, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, S.1750 ff (zit. Laufs, *NJW* 1998, S.1750)
- Laufs, Adolf*, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, S.1590 ff (zit. Laufs, *NJW* 1995, S.1590)
- Laufs, Adolf*, *Arztrecht*, 2.Auflage, Beck, München 1978 (zit. Laufs, *Arztrecht*, 2.Auflage)
- Laufs, Adolf*, *Arztrecht*, 5.Auflage, Beck, München 1993 (zit. Laufs, *Arztrecht*, 5.Auflage)
- Laufs, Adolf*, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, in: *Recht und Medizin*, Hrsg.: Albin Eser/ Alfred Künschner, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1990, S.387 ff (zit. Laufs, in: Eser/ Künschner, S.387)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1976/77, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, S.1081 ff (zit. Laufs, *NJW* 1977, S.1081)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1977/78, *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, S.1177 ff (zit. Laufs, *NJW* 1978, S.1177)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1978/79, *Neue Juristische Wochenschrift* 1979, S.1230 ff (zit. Laufs, *NJW* 1979, S.1230)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80, *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, S.1315 ff (zit. Laufs, *NJW* 1980, S.1315)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1980/81, *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, S.1289 ff (zit. Laufs, *NJW* 1981, S.1289)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1981/82, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, S.1319 ff (zit. Laufs, *NJW* 1982, S.1319)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, S.1345 ff (zit. Laufs, *NJW* 1983, S.1345)

- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1983/84, Neue Juristische Wochenschrift 1984, S.1383 ff (zit. Laufs, NJW 1984, S.1383)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1984/85, Neue Juristische Wochenschrift 1985, S.1361 ff (zit. Laufs, NJW 1985, S.1361)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1985/86, Neue Juristische Wochenschrift 1986, S.1515 ff (zit. Laufs, NJW 1986, S.1515)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1986/87, Neue Juristische Wochenschrift 1987, S.1449 ff (zit. Laufs, NJW 1987, S.1449)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1987/88, Neue Juristische Wochenschrift 1988, S.1499 ff (zit. Laufs, NJW 1988, S.1499)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1988/89, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S.1521 ff (zit. Laufs, NJW 1989, S.1521)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1989/90, Neue Juristische Wochenschrift 1990, S.1505 ff (zit. Laufs, NJW 1990, S.1505)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1990/91, Neue Juristische Wochenschrift 1991, S.1516 ff (zit. Laufs, NJW 1991, S.1516)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1991/92, Neue Juristische Wochenschrift 1992, S.1529 ff (zit. Laufs, NJW 1992, S.1529)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1992/93, Neue Juristische Wochenschrift 1993, S.1497 ff (zit. Laufs, NJW 1993, S.1497)
- Laufs, Adolf*, Die Entwicklung des Arztrechts 1993/94, Neue Juristische Wochenschrift 1994, S.1562 ff (zit. Laufs, NJW 1994, S.1562)
- Laufs, Adolf*, Entwicklungslinien des Medizinrechts, Neue Juristische Wochenschrift 1997, S.1609 ff (zit. Laufs, NJW 1997, S.1609)
- Laufs, Adolf*, Fortschritte und Scheidewege im Arztrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1976, S.1121 ff (zit. Laufs, NJW 1976, S.1121)
- Laufs, Adolf*, Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, Beck, München 1999 (zit. Bearbeiter, in: Laufs, Handbuch, 2. Auflage)
- Laufs, Adolf*, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, Beck, München 2002 (zit. Bearbeiter, in: Laufs, Handbuch, 3. Auflage)
- Laufs, Adolf*, Medizinrecht im Wandel, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S.1571 ff (zit. Laufs, NJW 1996, S.1571)
- Laufs, Adolf*, Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das Notwendige zu tun, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S.1757 ff (zit. Laufs, NJW 2000, S.1757)
- Laufs, Adolf*, Reform der Arzthaftung?, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S.2413 f (zit. Laufs, NJW 1996, S.2413)
- Laufs, Adolf*, Zur deliktsrechtlichen Problematik der ärztlichen Eigenmacht, Neue Juristische Wochenschrift 1969, S.529 ff (zit. Laufs, NJW 1969, S.529)
- Laufs, Adolf*, Zur Freiheit des Arztberufs, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Hans- Jürgen Ahrens, Heymann, Köln 1999, S.625 ff (zit. Laufs, in: FS Deutsch, S.625)
- Levy, Ernst*, Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht, Böhlau, Weimar 1956 (zit. Levy, Weströmisches Vulgarrecht)
- Liebs, Detlef*, Römisches Recht, 6.Auflage, Beck, München 1997 (zit. Liebs, Römisches Recht, 6.Auflage)

- Lierzt, Werner/ Paffrath, Hans*, Handbuch des Arztrechts, Schwann, Düsseldorf 1937 (zit. Lierzt/ Paffrath, Handbuch)
- Von Liszt, Franz*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18.Auflage, Guttentag, Berlin 1911 (zit. Liszt, Strafrecht, 18.Auflage)
- Von Liszt, Franz*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23.Auflage, de Gruyter, Berlin 1921 (zit. Liszt, Strafrecht, 23.Auflage)
- Lohmann, Karl*, Arzt und Patient, Deutsche Juristen-Zeitung 1936, S.1481 ff (zit. Lohmann, DJZ 1936, S.1481)
- Macke, Peter*, Heilbehandlungsfolgenrecht in der ehemaligen DDR- ein rechtsvergleichender Rückblick, in: Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und seine Deckung, Hrsg.: Erwin Deutsch, de Gruyter, Berlin 1995, S.289 ff (zit. Macke, in: FS Steffen, S.289)
- Mair, Ignaz*, Gerichtlich- Medizinische Casuistik der Kunstfehler, Supplementband: Über die Kunstfehler im Allgemeinen, fehlerhafte Behandlung bei innerlichen Krankheiten, Fahrlässigkeit durch Arzneien und Recepte, Impfschädigungen, 1895, Heuser's Verlag, Berlin 1895 (zit. Mair, Supplementband)
- Mallach, Hans Joachim/ Schlenker, Gerhard/ Weiser, Alfons*, Ärztliche Kunstfehler: eine Falldarstellung aus Praxis und Klinik sowie ihre rechtliche Wertung, G. Fischer, Stuttgart 1993 (zit. Mallach/ Schlenker/ Weiser, Kunstfehler)
- Mandel, Joachim*, Gedanken zur rechtlichen Gestaltung der medizinischen Betreuungsverhältnisse, Neue Justiz 1973, S.76 ff (zit. Mandel, NJ 1973, S.76)
- Freiherr Marschall von Bieberstein, Wolfgang*, Überlegungen zur Haftung bei Heilbehandlung, in: Festschrift für Ernst Klingmüller, Hrsg.: Fritz Hauss/ Reiner Schmidt, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1974, S.249 ff (zit. Marschall v. Bieberstein, in: FS Klingmüller, S.249)
- Martis, Rüdiger/ Winkhart, Martina*, Arzthaftungsrecht aktuell, Schmidt, Köln 2003 (zit. Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht)
- Masius, Georg Heinrich*, Lehrbuch der gerichtlichen Arzneikunde für Rechtsgelehrte, Theil II, Altona 1812 (zit. Masius, Lehrbuch)
- Merkelbach, Wilbrecht*, Das Arzthaftungsrecht in der DDR, Versicherungsrecht 1990, S.956 f (zit. Merkelbach, VersR 1990, S.956)
- Metzger, Johann, Daniel/ Remer, Wilhelm Hermann*, System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft, 5.Auflage, August Wilhelm Unzer, Königsberg und Leipzig 1820 (zit. Metzger/ Remer, Gerichtliche Arzneiwissenschaft)
- Meyer, Maria-Katharina*, Reform der Heilbehandlung ohne Ende –ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996- Goldammer's Archiv für Strafrecht 1998, S.415 ff (zit. Meyer, GA 1998, S.415)
- Mirtsching, Wolfram/ Weyers, Hans-Léo*, Zum Stand des Arzthaftungsrechts, Juristische Schulung 1980, S.317ff (zit. Mirtsching/ Weyers, JuS 1980, S.317)
- Mittermaier*, Beurteilung der neuesten criminalistischen Schriften, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346ff (zit. Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1819, S.346)
- Mittermaier*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen wegen Kunstfehler oder anderer Handlungen oder Unterlassungen in Bezug auf Ausübung ihrer Kunst, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1 ff (zit. Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1853, S.1)

- Mittermaier*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen wegen Kunstfehler oder anderer Handlungen oder Unterlassungen in Bezug auf Ausübung ihrer Kunst, Archiv des Criminalrechts 1853, S.167 ff (zit. Mittermeier, Archiv des Criminalrechts 1835, S.167)
- Mück, Herbert*, Die rechtliche Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses in der DDR: vom Dienstvertrag zum medizinischen Betreuungsverhältnis, Köln 1982 (zit. Mück, Arzt-Patienten-Verhältnis)
- Mück, Herbert*, Neue Wege im „Arzt- und Gesundheitsrecht“ der DDR, Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 1364 ff (zit. Mück, NJW 1983, S.1364)
- Müller, Egon*, Von der Körperverletzung zur eigenmächtigen Heilbehandlung, Deutsche Richterzeitung 1998, S.155 ff (zit. Müller, DRiZ 1998, S.155)
- Neidhardt, Karl*, Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, Neue Juristische Wochenschrift 1956, S.1097 ff (zit. Neidhardt, NJW 1956, S.1097)
- Neu, J./ Petersen, D./ Schellmann, W.-D.*, Arzthaftung/ Arztfehler, Steinkopff, Darmstadt 2001 (zit. Neu/ Petersen/ Schellmann, Arzthaftung)
- Neu, Johann/ Scheppokat, Klaus-Dieter*, Der Stellenwert von Schlichtung und Mediation bei Konflikten zwischen Patient und Arzt, Versicherungsrecht 2002, S.397 ff (zit. Neu/ Scheppokat, VersR 2002, S.397)
- Neuburger, Max/ Pagel, Julius*, Handbuch der Geschichte der Medizin, Band III, Fischer, Jena 1905 (zit. Neuburger/ Pagel, Handbuch)
- Neukamp, Franz*, Ärztliches Operationsrecht und Behandlungszwang, Der Gerichtssaal 1938, S. 248 ff (zit. Neukamp, GS 1938, S.248)
- Oesterlen, Otto*, Kunstfehler der Ärzte und Wundärzte, in: Handbuch der gerichtlichen Medizin, Band III, Hrsg.: J. Maschka, Laupp, Tübingen 1882, S.589 ff (zit. Oesterlen, in: Maschka, Handbuch, S.589)
- Oppenheim, Lassa*, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Schwabe, Basel 1892 (zit. Oppenheim, Körperliche Eingriffe)
- Oppenheim, Lassa*, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1892, S.332 ff (zit. Oppenheim, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1892, S.332)
- Oppenhoff, Friedrich Christian*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 31. Mai 1870 und dem Einführungsgesetze für Elsass- Lothringen vom 30. August 1871, 9.Auflage, Reimer, Berlin 1883 (zit. Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 9. Auflage)
- Oppenhoff, Friedrich Christian*, Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten nebst dem Gesetze und den Verordnungen über die Einführung desselben, 1. Auflage, Reimer, Berlin 1867 (zit. Oppenhoff, Strafgesetzbuch)
- Ortloff, Hermann*, Gerichtlich- medizinische Fälle und Abhandlungen, Heft III, Strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunst, Siemenroth& Worms, Berlin 1888 (zit. Ortloff, Fahrlässigkeit)
- Paech, Fritz/ Trembur, Heinrich*, Wegweiser durch die ärztliche Berufskunde und das Arztrecht, Thieme, Leipzig 1937 (zit. Paech/ Trembur, Ärztliche Berufskunde)
- Park, Young- Kyu*, Das System des Arzthaftungsrechts, Lang, Frankfurt am Main 1992 (zit. Park, Arzthaftungsrecht)
- Pelz, Franz Josef*, Entwicklungstendenzen des Arzthaftungsrechts, Deutsche Richterzeitung 1998, S.473 ff (zit. Pelz, DRiZ 1998, S.473)

- Peters, Thomas Alexander*, Defensivmedizin durch Boom der Arztstrafverfahren?, *Medizinrecht* 2002, S.227 ff (zit. Peters, *MedR* 2002, S.227)
- Peters, Thomas Alexander*, Defensivmedizin durch Rechtsunsicherheit im Arztstrafverfahren?, *Medizinrecht* 2003, S.219 ff (zit. Peters, *MedR* 2003, S.219)
- Petersen, Peter*, Die Haftung des Arztes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Erster Teil: Entscheidungssammlung), *Deutsche Richterzeitung* 1962, S.194 ff (zit. Petersen, *DRiZ* 1962, S.194)
- Pflüger, Frank*, Haftungsfragen der Telemedizin, *Versicherungsrecht* 1999, S.1070 ff (zit. Pflüger, *VersR* 1999, S.1070)
- Ponsold, Albert*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1. Auflage, Thieme, Stuttgart 1950 (zit. Ponsold, Lehrbuch, 1. Auflage)
- Ponsold, Albert*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Auflage, Thieme, Stuttgart 1957 (zit. Ponsold, Lehrbuch, 2. Auflage)
- Preiser, Gert*, Über die Sorgfaltspflicht der Ärzte von Kos, *Medizinhistorisches Journal* 1970, S.1 ff (zit. Preiser, *Medizinhistor. Journal* 1970, S.1)
- Pressestelle des BGH*, Mitteilung: Zur Haftung des Krankenhausträgers für AIDS-Infektion durch Bluttransfusion, *Medizinrecht* 1991, S.164 f (zit. Pressestelle des BGH, *MedR* 1991, S.164)
- Preuss, J.*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes im Alterthum, *Münchener Medizinische Wochenschrift* 1902, S.5 f (zit. Preuss, *MMW* 1902, S.5)
- Quaas, Michael/ Zuck, Rüdiger*, *Medizinrecht*, Beck, München 2005 (zit. Quaas/Zuck, *Medizinrecht*)
- Raabe, Reinhard/ Vogel, Hermann*, *Medizin und Rechtssprechung*, ecomed VerlagsGmbH, Landsberg 1987 (zit. Raabe/ Vogel, *Medizin und Rechtssprechung*)
- Rabel, Ernst*, Die Haftpflicht des Arztes, Veit, Leipzig 1904 (zit. Rabel, Haftpflicht)
- Radau, Hans- J.*, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz, Karlsruhe 1993 (zit. Radau, Arzthaftung)
- Ratzel, Rudolf*, Die Reformgesetze, *Anwaltsblatt* 2002, S.485 ff (zit. Ratzel, *AnwBl* 2002, S.485)
- Rehborn, Martin*, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1999, S.1169 ff (zit. Rehborn, *MDR* 1999, S.1169)
- Rehborn, Martin*, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2000, S.1148 ff (zit. Rehborn, *MDR* 2000, S.1101)
- Rehborn, Martin*, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2001, S.1148 ff (zit. Rehborn, *MDR* 2001, S.1148)
- Rehborn, Martin*, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, *Monatsschrift Deutsches Recht* 2002, S.1281 ff (zit. Rehborn, *MDR* 2002, S.1281)
- Rehborn, Martin*, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, *Monatsschrift Deutsches Recht* 2004, S.1281 ff (zit. Rehborn, *MDR* 2004, S.371)
- Reichenbach, M.*, Arzthaftpflicht aus der Sicht des Versicherungsmediziners, *Versicherungsrecht* 1981, S.807 ff (zit. Reichenbach, *VersR* 1981, S.807)
- Rieckers, Oliver/ Spindler, Gerald*, Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, *Juristische Schulung* 2004, S.272 ff (zit. Rieckers/ Spindler, *JuS* 2004, S.272)

- Rieger, Hans-Jürgen*, Honorarabgrenzungsmaßnahmen und Sorgfaltsmaßstab, Medizinrecht 1996, S.147 ff (zit. Rieger, MedR 1996, S.147)
- Rieger, Hans- Jürgen*, Lexikon des Arztrechts, Band I, de Gruyter, Berlin 2004 (zit. Rieger, Lexikon)
- Rodegra, H.* Ärztliche Kunstfehler und Arzthaftung aus medizinhistorischer Sicht, Hessisches Ärzteblatt 1982, S.127ff (zit. Rodegra, HÄB 1982, S.127)
- Rodegra, Heinrich*, Gesundheitswesen der Stadt Hamburg im 19. Jahrhundert, Steiner, Wiesbaden 1979 (zit. Rodegra, Gesundheitswesen)
- Roehl, Ulrich/ Wittenbeck, Siegfried*, Zur Begründung ärztlicher Sorgfaltspflichten, Neue Justiz 1972, S.444 f (zit. Roehl/ Wittenbeck, NJ 1972, S.444)
- Rosenberg, Werner*, Strafbare Heilungen, Der Gerichtssaal 1903, S.62 ff (zit. Rosenberg, GS 1903, S.62)
- Rumler-Detzel, Pia*, Budgetierung- Rationalisierung- Rationierung, Versicherungsrecht 1998, S.546 ff (zit. Rumler-Detzel, VersR 1998, S.546)
- Rumler-Detzel, Pia*, Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Haftpflichtstreitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten, Versicherungsrecht 1988, S.6 ff (zit. Rumler-Detzel, VersR 1988, S.6)
- Rüping, Hinrich*, Rechtliche Wertungen medizinischen Handelns in geschichtlicher Sicht, in: Gesundheitssystem und Politik, Hrsg.: Hans- Joachim Maurer, E. Horst Schallenger, Gilles & Francke Verlag, Duisburg, 1987 (zit. Rüping, in: Maurer/ Schallenger, Gesundheitssystem und Politik)
- Schalast, Christoph/ Voigtländer- Tetzner, Andreas*, Zum Stand der Diskussion über eine künftige Arzthaftung in der Europäischen Union nach der Rücknahme des Entwurfs einer „Dienstleistungshaftungsrichtlinie“ durch die EG-Kommission, Versicherungsrecht 1994, S.1266 ff (zit. Schalast/ Voigtländer- Tetzner, VersR 1994, S.1266)
- Scharlau, G.W.*, Wie weit geht die Verantwortlichkeit eines Arztes für einen Kunstfehler, und von welchen Gesichtspunkten aus kann die Beurtheilung desselben geführt werden, Medicinischer Argos 1840, S.260 ff (zit. Scharlau, Medicinischer Argos 1840, S.260)
- Schewe, G.*, Risiko und Aufklärungspflicht- Haftungsrechtliche Aspekte, Arztrecht 1979, S.64 ff (zit. Schewe, ArztR 1979, S.64)
- Schick, Peter J.*, Die Haftung des Arztes, Leykam, Graz 1983 (zit. Schick, Haftung)
- Schildt, Bernd*, Die Rezeption des römischen Rechts, Jura 2003, S.450ff (zit. Schildt, Jura 2003, S.450)
- Schimmelpfeng-Schütte, Ruth*, Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, Medizinrecht 2002, S.286 ff (zit. Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2002, 286)
- Schlund, Gerhard*, 31.Mai 1894 bis 31.Mai 1994- Nicht nur eine Retrospektive, Versicherungsrecht 1994, S.657 ff (zit. Schlund, VersR 1994, S.657)
- Schmauss, Albert K.*, Die rechtlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Schadensersatzforderungen der Bürger wegen Körperschäden aus medizinischer Betreuung in der DDR, Versicherungsrecht 1989, S.664 ff (zit. Schmauss, VersR 1989, S.664)
- Schmidt, Eberhard*, Ärzteordnung und Strafgesetzbuch, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1948, S.23 ff (zit. Schmidt, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1948, S.23)

- Schmidt, Eberhard*, Arzt im Strafrecht, in: Ponsold, Albert, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1. Auflage, Thieme, Stuttgart 1950, S.1 ff (zit. Schmidt, in: Ponsold, S.1)
- Schmidt, Eberhard*, Der Arzt im Strafrecht, Weicher, Leipzig 1939 (zit. Schmidt, Strafrecht)
- Schmidt, Eberhard*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1965 (zit. Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege)
- Schmidt, Eberhard*, Empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag 1962, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 4, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Mohr, München 1962 (zit. Schmidt, Gutachten zum 44. DJT)
- Schmidt, Richard*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, Ein Beitrag zur Lehre der Straf- und Schuldausschließungsgründe, Jena, Fischer, Jena 1900 (zit. Schmidt, Strafrechtliche Verantwortlichkeit)
- Schmidt, Richard*, Grundriss des deutschen Strafrechts, 1. Auflage, Hirschfeld, Leipzig 1925 (zit. Schmidt, Grundriss Strafrecht)
- Schmökel*, Heilkunde vor 4000 Jahren, in: Orion, Illustrierte Zeitschrift für Natur und Technik 1960, S.169 ff (zit. Schmökel, Orion 1969, S.169)
- Schneider, Günther*, Konfliktlösung: ärztliche Berufsfreiheit versus Regelungen der Qualitätssicherung- Vorschläge aus juristischer Sicht, Medizinrecht 1998, S.151 ff (zit. Schneider, MedR 1998, S.151)
- Schreiber, Hans-Ludwig*, Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günter/ Laufs, Adolf/ Wienke, Albrecht, Springer, Berlin 1997, S.341 ff (zit. Schreiber, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, Arzthaftung, S.341)
- Schreiber*, Zur Reform des Arztstrafrechts, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Hrsg.: Thomas Weigend, de Gruyter, Berlin 1999, S.713 ff (zit. Schreiber, in: FS Hirsch, S.713)
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung, Rothe, Passau 1998 (zit. Schroeder, Eigenmächtige Heilbehandlung)
- Schroeder, Klaus-Peter*, Eike von Repgow- Schöpfer des Sachsenspiegels, Juristische Schulung 1998, S.776ff (zit. Schroeder, JuS 1998, S.776)
- Schroeder-Printzen*, Kostendämpfung und ärztlicher Standard- Wirtschaftlichkeitsprüfung im Vertragsarztrecht, Medizinrecht 1993, S.339 ff (zit. Schroeder-Printzen, MedR 1993, S.339)
- Schröder, Horst*, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, Neue Juristische Wochenschrift 1961, S.951 ff (zit. Schröder, NJW 1961, S.951)
- Schünemann, Hermann*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.04.1980, Neue Juristische Wochenschrift 1980, S.2753 f (zit. Schünemann, NJW 1980, S.2753)
- Schünemann, Wolfgang B.*, Wandlungen des Vertragsrechts, Neue Juristische Wochenschrift 1982, S.2027 ff (zit. Schünemann, NJW 1982, S.2027)
- Skalley, Eugen Friedrich Reinhold*, Über die gesetzliche Zurechnung des Erfolgs eines Heilverfahrens mit Bezug auf die Criminalgeschichte des in der Irren-

- anstalt der Charité zu Berlin gebräuchlichen Sacks, Ferdinand Dümmler, Berlin 1818 (zit. Skalley, Erfolgszurechnung)
- Skaupy, Walther*, Der Vorschlag einer EG-Richtlinie für die Haftung bei Dienstleistungen, Betriebsberater 1991, S.2021 ff (zit. Skaupy, BB 1991, S.2021)
- Spann, Wolfgang*, Justitia und die Ärzte: Leben, Gesundheit und Gesetz, Interform, Zürich 1979 (zit. Spann, Justitia)
- Spickhoff, Andreas*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, Beck, München 2004 (zit. Spickhoff, Aktuelle Rechtsfragen)
- Spickhoff, Andreas*, Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S.2530 ff (zit. Spickhoff, NJW 2002, S.2530)
- Spickhoff, Andreas*, Die Entwicklung des Arztrechts 2001/ 2002, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S.1758 ff (zit. Spickhoff, NJW 2002, S.1758)
- Spickhoff, Andreas*, Die Entwicklung des Arztrechts 2002/ 2003, Neue Juristische Wochenschrift 2003, S.1701 ff (zit. Spickhoff, NJW 2003, S.1701)
- Spickhoff, Andreas*, Die Entwicklung des Arztrechts 2003/ 2004, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S.1710 ff (zit. Spickhoff, NJW 2004, S.1710)
- Spickhoff, Andreas*, Die Entwicklung des Arztrechts 2004/ 2005, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S.1694 ff (zit. Spickhoff, NJW 2005, S.1694)
- Spickhoff, Andreas*, Die Entwicklung des Arztrechts 2005/ 2006, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S.1630 ff (zit. Spickhoff, NJW 2006, S.1630)
- Spickhoff, Andreas*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts- Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/ 2001, Neue Juristische Wochenschrift 2001, S.1757 ff (zit. Spickhoff, NJW 2001, S.1757)
- Spickhoff, Andreas*, Zur Haftung für HIV-kontaminierte Blutkonserven, Juristenzeitung 1991, S.756 ff (zit. Spickhoff, JZ 1991, S.756)
- Spinner, J. R.*, Ärztliches Recht, Springer, Berlin 1914 (zit. Spinner, Ärztliches Recht)
- Steffen, Erich*, Die haftungsrechtliche Bedeutung der Qualitätssicherung in der Krankenversorgung, in: Festschrift für Deutsch, 1999, S.799 ff (zit. Steffen, in: FS Deutsch, S.799)
- Steffen, Erich*, Einfluss verminderter Ressourcen und von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung, Medizinrecht 1995, S.190 f (zit. Steffen, MedR 1995, S.190)
- Steffen, Erich*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 7. Auflage, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft und Steuern, Köln 1999 (zit. Steffen, BGH-Rechtsprechung, 7.Auflage)
- Steffen, Erich*, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Referat auf dem 52. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beck, München 1978, S.I 8 ff (zit. Steffen, Referat zum 52.DJT, S.I 8)
- Stenglein*, Die Frage, ob ein Arzt ohne Genehmigung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters eine Operation vornehmen dürfe, Deutsche Juristenzeitung 1899, S.106 f (zit. Stenglein, DJZ 1899, S.106)

- Stolz, Wilhelm*, Die Reformmodelle zum Arzthaftpflichtrecht- Eine vergleichende Untersuchung der praktischen Auswirkungen, Versicherungsrecht 1978, S.797 ff (zit. Stolz, VersR 1978, S.797)
- Stooß, Carl*, Aerztliche Behandlung und Körperverletzung, Deutsche Juristen-Zeitung 1902, S.566 ff (zit. Stooß, DJZ 1902, S.566)
- Stooß, Carl*, Die strafrechtliche Natur ärztlicher Handlungen, Deutsche Juristenzeitung 1899, S.184 ff (zit. Stooß, DJZ 1899, S.184)
- Stooß, Carl*, Operativer Eingriff und Körperverletzung, in: Recht und Medizin, Hrsg.: Albin Eser und Alfred Künschner, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1990, S.55 ff (zit. Stooß, in: Eser/ Künschner, S.55)
- Straub, Christoph*, Ziele, Normsetzungsprozesse und Implementation von Leitlinien in der Medizin- Leitlinien aus der Sicht der Krankenkassen-, in: Ärztliche Leitlinien, Hrsg.: Dieter Hart, Nomos, Baden-Baden 2000, S.61 ff (zit. Straub, in: Hart, Leitlinien, S.61)
- Taupitz, Jochen*, Medizinrecht vor den Gerichten- Ein Blick in die ferne Zukunft, Zeitschrift für Rechtspolitik 1997, S.161 ff (zit. Taupitz, ZRP 1997, S.161)
- Tempel, Otto*, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtssprechung, Neue Juristische Wochenschrift 1980, S.609 ff (zit. Tempel, NJW 1980, S.609)
- Thesen des juristisch-medizinischen Arbeitskreises beim Zentralvorstand der Vereinigung der Juristen der DDR, Rechtsfragen der medizinischen Betreuung der Bürger, Neue Justiz 1978, S.434 ff (zit. Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1978, S.434)
- Thesen des juristisch-medizinischen Arbeitskreises der Vereinigung der Juristen der DDR, Rechtsfragen der ärztlichen Aufklärung, Neue Justiz 1989, S.139 ff (zit. Juristisch-medizinischer Arbeitskreis, NJ 1989, S.139)
- Thesen des 5.Strafsenats des Obersten Gerichts zur Begründung ärztlicher Sorgfaltspflichten, Neue Justiz 1972, S.445 ff (zit. Thesen des 5.Strafsenats, NJ 1972, S.445)
- Thesen zum Referat von Dr. Erich Steffen auf dem 52. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beck, München 1978, S.I 26 ff (zit. Thesen zum Referat von Steffen auf dem 52.DJT, S.I 26)
- Thesen zum Referat von Dr. Walther Weißbauer auf dem 52. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beck, München 1978, S.I 48 ff (zit. Thesen zum Referat von Weißbauer auf dem 52.DJT, S.I 48)
- Thierfelder*, Ueber die gesetzliche Verhütung ärztlicher Vergehungen am Krankenbette, Medicinischer Argos 1842, S.161 ff (zit. Thierfelder, Medicinischer Argos 1842, S.161)
- Tott, Carl August*, Einige Worte über Kunstfehler der Medicinalpersonen, Jahrbuch der Gesamten Staatsarzneikunde 1839, S.581 ff (zit. Tott, Jahrbuch der Gesamten Staatsarzneikunde 1839, S.581)
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, Medizinrecht 1995, S.427 ff (zit. Uhlenbruck, MedR 1995, S.427)
- Ulsenheimer, Klaus*, Arztstrafrecht in der Praxis, 1.Auflage, Decker & Müller, Heidelberg 1988 (zit. Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 1. Auflage)

- Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Auflage, Müller, Heidelberg 2003 (zit. Ulsenheimer, *Arztstrafrecht*, 3.Auflage)
- Ulsenheimer, Klaus*, Die Entwicklung des Arztstrafrechts in der Praxis der letzten 20 Jahre, in: in: *Die Entwicklung der Arzthaftung*, Hrsg.: Dierks, Christian/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günter/ Laufs, Adolf/ Wienke, Albrecht, Springer, Berlin 1997, S.27 ff (zit. Ulsenheimer, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Hirsch/ Laufs/ Wienke, *Arzthaftung*, S.27)
- Ulsenheimer, Klaus*, Ein gefährlicher Beruf: Strafverfahren gegen Ärzte. Erfahrungen, Schwerpunkte, Tendenzen, *Medizinrecht* 1987, S.207 ff (zit. Ulsenheimer, *MedR* 1987, S.207)
- Ulsenheimer, Klaus*, Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, *Medizinrecht* 1992, S.129 ff (zit. Ulsenheimer, *MedR* 1992, S.129)
- Virchow, Rudolf*, Kunstfehler der Ärzte, in: *Recht und Medizin*, Hrsg.: Albin Eser und Alfred Künschner, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1990, S.43 ff (zit. Virchow, in: Eser/ Künschner, S.43)
- Vogler zu Wallmeroth*, Eine Ruptur der Mutterscheide und eine Ruptur der Gebärmutter; nebst einigen Ideen über die Verantwortlichkeit der Medicinalpersonen für das von ihnen eingeschlagene Heilverfahren, *Zeitschrift für die Staatsarzneikunde* 1828, S.29ff (zit. Vogler, *Zeitschrift für die Staatsarzneikunde* 1828, S.29)
- Von Wächter, Karl Georg*, *Gemeines Recht Deutschlands insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht*, Weidmann, Leipzig 1844 (zit. v. Wächter, *Gemeines Recht*)
- Wagner, Gerhard*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, S.2049 ff (zit. Wagner, *NJW* 2002, S.2049)
- Wagner, H.-J.*, Zur historischen Entwicklung des Begriffs „Ärztlicher Kunstfehler“, *Zeitschrift für Rechtsmedizin* 1981 (86), S.303 ff (zit. Wagner, *ZRechtsmedizin* 1981, 303)
- Wasserburg, Klaus*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, S.617 ff (zit. Wasserburg, *NJW* 1980, S.617)
- Weber, Reinhold*, Muss im Arzthaftungsprozess der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, S.761 ff (zit. Weber, *NJW* 1997, S.761)
- Weidinger, Patrick*, Die Auswirkungen der Schuldrechts-, Schadensersatzrechts- und ZPO-Reform auf die Haftpflicht von Ärzten und Krankenhäusern, *Versicherungsrecht* 2004, S.35 ff (zit. Weidinger, *VersR* 2004, S.35)
- Weißbauer, Walther*, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Referat auf dem 52. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages*, Band II, Sitzungsberichte, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beck, München 1978, S.I 29 ff (zit. Weißbauer, Referat zum 52.DJT, S.I 29)
- Wertenbruch, Johannes*, Der Zeitpunkt der Patientenaufklärung, *Medizinrecht* 1995, S.306 ff (zit. Wertenbruch, *MedR* 1995, S.306)

- Westermann, Harm Peter*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei ärztlicher Teamarbeit, Neue Juristische Wochenschrift 1974, S.577 ff (zit. Westermann, NJW 1974, S.577)
- Weyers, Hans-Leo*, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beck, München 1978, S.A1 ff (zit. Weyers, Gutachten zum 52.DJT, S.A1)
- Weyland, Petra Ulrike*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben im Arzthaftungsrecht, Mainz 1999 (zit. Weyland, Arzthaftungsrecht)
- Wieling, Hans Josef*, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Böhlau, Köln 1970 (zit. Wieling, Privatstrafe)
- Wienke, Albrecht*, Leitlinien als Mittel der Qualitätssicherung in der medizinischen Versorgung, Medizinrecht 1998, S.172 ff (zit. Wienke, MedR 1998, S.172)
- Wilhelm, Reinhard*, Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, Köhler, Leipzig 1844 (zit. Wilhelm, Criminalrecht)
- Wilts, Walter*, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform (I), Monatsschrift Deutschen Rechts 1970, S.971 ff (zit. Wilts, MDR 1970, S.971)
- Wilts, Walter*, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform (II), Monatsschrift Deutschen Rechts 1971, S.4 ff (zit. Wilts, MDR 1971, S.4)
- Wittmann, Roland*, Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht, Beck, München 1972 (zit. Wittmann, Körperverletzung)
- Wohlhaupter, Eugen*, Gesetze der Westgoten, Böhlau, Weimar 1936 (zit. Wohlhaupter, Westgoten)
- Ziegler, Hans Berndt*, Schwarzkittel und Weißkittel, Juristische Rundschau 2002, S.265ff (zit. Ziegler, JR 2002, S.265)
- Zielinska, Eleonora*, Das Verhältnis der standesrechtlichen und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, Medizinrecht 1990, S.313ff (zit. Zielinska, MedR 1990, S.313)
- Zimmermann, Reinhard*, The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition, Jura, Kapstadt 1990 (zit. Zimmermann, Obligationenrecht)
- Zipf, Heinz*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB), in: Festschrift Bockelmann, 1979, S.577 ff (zit. Zipf, in: FS Bockelmann, S. 577)
- Zitelmann, Ernst*, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Leipzig 1908 (zit. Zitelmann, Haftung)

Lebenslauf

Name:	Theresa Riegger
Geburtsdatum:	22.05.1978
Geburtsort:	Tübingen
1997	Abitur, Albertus-Magnus-Gymnasium, Regensburg
1997- 2002	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Regensburg
2002	Erstes Juristisches Staatsexamen
2003- 2005	Rechtsreferendariat, Oberlandesgericht Düsseldorf
2005	Zweites Juristisches Staatsexamen
2005-2006	Promotion mit dem Titel „Die historische Entwicklung der Arzthaftung“ bei Prof. Dr. Andreas Spickhoff, Universität Regensburg
Seit 2006	Rechtsanwältin in der Sozietät Raupach & Wollert-Elmendorff, Hannover